

UNIVERSITÉ DE PARIS - FACULTÉ DE DROIT

LA RESPONSABILITÉ PERSONNELLE
du
CAPITAINE DE NAVIRE

ÉTUDE HISTORIQUE ET CRITIQUE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le 25 Mai 1935, à 14 h.

par

Virgil D. VASILIU

Président : **J. ESCARRA**

PERCEROU

Suffragants :

ESMEIN

PARIS

ÉDITIONS DE L'IMPRIMERIE IDÉALE

60, RUE DES TOURNELLES, 60

1985

Thèse Paris
1935.

THÈSE POUR LE DOCTORAT

**La Faculté n'entend donner aucune approbation
ni improbation aux opinions émises dans les thèses ;
ces opinions doivent être considérées comme
propres à leurs auteurs.**

UNIVERSITÉ DE PARIS - FACULTÉ DE DROIT

LA RESPONSABILITÉ PERSONNELLE
du
CAPITAINE DE NAVIRE

ÉTUDE HISTORIQUE ET CRITIQUE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le 25 Mai 1935, à 14 h.

par

Virgil D. VASILIU

Président : **J. ESCARRA**

PERCEROU

Suffragants : **ESMEIN**

PARIS

ÉDITIONS DE L'IMPRIMERIE IDÉALE

60, RUE DES TOURNELLES, 60

1935

#37069



A ma femme

A nos parents

Témoignage d'Affection

et profonde reconnaissance

INTRODUCTION

Le capitaine de navire a fait déjà l'objet de plusieurs ouvrages qui ont à peu près tout dit sur ses devoirs, ses attributions, sa responsabilité vis-à-vis des différents intéressés à l'expédition, en un mot sur tout ce qui pourrait se grouper dans un code de la marine marchande¹.

Nous ne voulons rien y ajouter.

Par contre, il y a un autre aspect du capitaine de navire, qui n'a été saisi que d'une façon fragmentaire et accessoire². C'est la position du capitaine dans l'entreprise de transport ; l'exacte signification de sa responsabilité personnelle vis-à-vis des chargeurs.

*
**

A notre premier contact avec le Code de Commerce nous découvrons un capitaine responsable de toute l'exploitation du navire. Tout se trame autour de lui ; depuis la préparation du navire, l'engagement des marins et jusqu'à la délivrance de la marchandise. Il assume la responsabilité sans merci, tout comme ceux qui ne peuvent invoquer à leur décharge que la force invincible, bref il fait figure de véritable voiturier.

Mais tout de suite les auteurs viennent nous enseigner qu'il ne faut pas prendre trop à la lettre la rigueur des formules légales,

1) ELOY et GUERRAND, Des capitaines maîtres et patrons, 3 vol., Paris, 1860. — FILLEAU, Traité de l'engagement des équipages de bâtiments du commerce, Bordeaux, 1856. — H. RENELE, Des devoirs et des obligations du capitaine de navire, thèse, Poitiers, 1901. — H. PETRE, Du Capitaine de navire, Thèse, Paris, 1888.

2) V. cependant : PROCOS, Les Capitaines et leur mandat légal dans le commerce maritime, Paris 1926.

car le capitaine y est indiqué seulement d'une façon provisoire, toute la responsabilité qui pèse sur lui devant en dernier lieu être supportée par l'armateur.

A son tour la jurisprudence dément cette explication pour nous dire que le Code a réellement consacré la responsabilité personnelle et directe du capitaine ; si le législateur a appelé aussi l'armateur pour répondre des dettes de l'entreprise, il n'a pas entendu exclure la responsabilité du capitaine.

Bien plus, même la volonté formelle des parties s'avère impuissante d'écarter cette responsabilité³. Ainsi, tandis que la responsabilité de l'armateur peut être éliminée par la convention des parties, la responsabilité du capitaine doit rester comme un minimum de garantie légale indispensable à la paix sociale.

Seulement, en cherchant les décisions où le capitaine a été véritablement mis en cause et où il devait être condamné directement à réparer un dommage, nous rencontrons de nouveau le langage tenu par la doctrine qui enseignait que le capitaine ne peut être poursuivi qu'en sa qualité de représentant de l'armateur⁴, toute condamnation personnelle étant hors de cause et cela alors même que le capitaine déclare expressément vouloir s'obliger avec sa fortune personnelle⁵.

Quelle est la vérité ? Que faut-il croire de cette contradiction flagrante ?

Dès le début, il faut remarquer que l'affirmation catégorique de la responsabilité personnelle du capitaine est faite justement dans les arrêts où il ne s'agissait pas précisément d'elle. — Les chargeurs demandent compte à l'armateur pour les marchandises confiées afin d'être transportées ; l'armateur répond qu'il a bien

3) Le capitaine « ne pouvait s'exonérer de sa propre responsabilité qui ne devait cesser qu'à la délivrance effective de la marchandise ». Douai, 7 Juillet 1927 (« Hagersgate ») *Dor. Sup.*, 5, 370 ; *Cass. Req.*, 24 Juillet 1929, *Dor Sup.*, 7, 396.

4) V. cependant, DESJARDINS, II, n° 377 et 382, qui proteste contre l'abus de la notion de représentation aboutissant à détruire toute responsabilité personnelle du capitaine. — *Comp. WAHL*, n° 187.

5) En effet, la jurisprudence a considéré qu'un prêt à la grosse contracté dans ces conditions ne doit être poursuivi que sur l'armateur, la reconnaissance du capitaine ayant une simple valeur formelle dépourvue d'intentions sérieuses de s'obliger : Marseille, 23 Août 1854, *J. Marseille*, 36, 1, 100.

reçu ces marchandises mais qu'elles ont été endommagées en cours de route à la suite d'une tempête violente ou par la faute du capitaine. Dans le premier cas l'armateur invoque comme tout débiteur, la vertu exonératrice de la force majeure. Dans la deuxième, la question se présente différemment: puisque l'armateur emploie nécessairement un capitaine pour l'exécution du transport, il faut attribuer le dommage à l'activité de ce préposé. Dès lors, si l'armateur a pris soin de convenir avec le chargeur qu'il ne répondra pas des fautes commises par le capitaine, il repoussera à juste titre la demande des ayants-droit à la cargaison.

Seulement une difficulté surgit de par le caractère de l'article 1384 — 5° C. civ. L'armateur peut-il s'exonérer de la faute de ses préposés? La jurisprudence a répondu affirmativement. En effet, dit-elle, le capitaine couvre de son prestige, de son autorité, de sa capacité professionnelle l'exécution du contrat de transport tout entier. Rien d'étonnant donc que l'armateur puisse écarter sa responsabilité, l'article 1384 C. civ. étant hors de débat.

Pratiquement donc, cette responsabilité personnelle du capitaine n'a aucune importance, elle est écartée même lorsque le capitaine a déclaré vouloir s'obliger avec sa fortune personnelle; théoriquement, elle est tellement considérable qu'elle fait même échec aux règles d'ordre public, comme celle inscrite dans l'article 1384 — 5° C. civ.

Cette contradiction nous avertit que nous nous trouvons devant un de ces procédés intellectuels de la technique du droit, qui dénature la réalité pour assouplir une règle trop rigide⁷, c'est-à-dire devant une fiction.

*
**

La répartition des risques telle qu'elle a été consacrée par le

6) En droit commun, la jurisprudence refuse tout effet à la clause d'irresponsabilité du fait des préposés. cf. P. ESMEIN, Les clauses de non-responsabilité, *Rev. Trim.*, 1926, p. 328.

7) FR. GENY, *Science et Technique en droit privé positif*, III, p. 360, s. — IHERING, *Esprit du droit romain*, trad. MEULENAERE, 3^e éd., t. IV, p. 293, s. — R. DEMOGUE, *Les Notions fondamentales du droit privé*, Paris, 1911, p. 243.

livre II du Code de Commerce entre l'armateur et les chargeurs, a paru encore trop écrasante pour les armateurs. En effet, à la suite des progrès étonnants réalisés dans la construction, les navires formaient un gage trop important pour la responsabilité résultant de l'exécution du contrat de transport. Dès lors, l'article 216 du C. Com. qui était une sauvegarde effective à l'époque où fut rédigée l'Ordonnance de la Marine, et même en 1807, est devenu insuffisant à partir de la deuxième moitié du XIX^e siècle. La responsabilité naissant des abordages venait alourdir davantage les charges de l'armement, ce qui a déterminé les armateurs à chercher une compensation dans une convention en vertu de laquelle ils écartaient toute leur responsabilité de transporteurs et faisaient retomber les risques de l'opération sur les chargeurs. Mais cette nouvelle répartition des risques devait obtenir la reconnaissance sociale.

Pour briser la résistance que l'article 1384 — 5° C. civ. opposait à la validité des clauses de non-responsabilité, on a isolé le capitaine du contact néfaste avec les préposés du droit commun⁸, en utilisant cette fiction de la responsabilité personnelle du capitaine vis-à-vis des chargeurs. A cette occasion on a dit qu'à la différence du droit terrestre, la loi a donné aux chargeurs un débiteur nécessaire. En insérant une clause de non-responsabilité dans un connaissement, les parties ne font que limiter le recours des créanciers au débiteur légal, personnellement et indéfiniment responsable.

Sous cette forme de la responsabilité indéfinie du capitaine, la fiction a été utilisée surtout par la jurisprudence, la doctrine employant de préférence certaines variantes d'un aspect plus technique et moins sujet à critique⁹ : l'impossibilité de droit¹⁰ et de fait de surveiller le capitaine ; l'autorité absolue et l'indépendance du capitaine dans l'exercice de ses fonctions, bref tout ce qui devait justifier sa responsabilité personnelle.

8) Même les auteurs qui se défendent de le faire (RIPERT, II, N° 1741), se servent en définitive du même procédé. (RIPERT, II, N° 1742, p. 691).

9) La jurisprudence qui a validé les clauses en invoquant la qualité de voiturier du capitaine a été critiquée par RIPERT, II, n° 1741, p. 689.

10) Contra : WAHL, n° 104.

La simple notion de faute commise par le capitaine dans l'exercice de ses fonctions est évidemment insuffisante pour soutenir une conception aussi rigoureuse, alors surtout que cette faute se diffuse dans l'accomplissement de manœuvres compliquées. Au contraire la grande indépendance qu'il possède dans l'exercice de son mandat, son initiative illimitée¹¹ ajoutée à sa capacité professionnelle¹², bref tout ce qui fait de lui le « maître du navire après Dieu », sont autant de sources de responsabilités pour le capitaine de navire d'aujourd'hui. Des lors la doctrine, au lieu d'employer la fiction sous cet aspect de responsabilité personnelle du capitaine, a préféré l'autre aspect de l'autorité et de la surveillance, et a écarté l'article 1384 — 5° C. civ. en mettant en vedette la situation spéciale du capitaine résultant de l'impossibilité de surveiller son activité, en un mot on a consacré l'autonomie du capitaine dans le cadre de l'entreprise.

*
**

On comprendrait très bien que les partisans de la responsabilité à base de faute trouvent leur meilleure aide dans cette fiction de la responsabilité personnelle du capitaine, contre-partie de l'innocence de l'armateur. Mais même les adeptes déclarés de la responsabilité fondée sur le risque créé, même ceux qui déclarent l'armateur responsable parce que entrepreneur, et qui écartent la faute comme une « erreur »¹³, n'hésitent pas à se servir de cet instrument traditionnel, tout en se défendant d'introduire une fiction dans leur argumentation.

Ils glissent ainsi insensiblement sur le terrain de la faute. Car

11) Que faut-il croire de la valeur de cette « initiative », après avoir lu les variations de la Doctrine à ce sujet. En effet, en parlant des attributions commerciales du capitaine, M. RIPERT dit : « Préposé sans initiative et sans indépendance » (II, n° 1226). Mais pour justifier la limitation de la responsabilité de l'armateur, cet auteur écrit : « et pourtant ce représentant conserve par la mission qui lui est confiée une formidable initiative » (II, n° 1235). Et plus loin : « le capitaine est un préposé sans doute mais plein d'intelligence, d'initiative, d'indépendance ».

12) « En général, ils (les chargeurs) ont choisi le navire à cause de la sécurité qu'il offrait et que leur assurait la personnalité du capitaine » (WAHL, n° 1071). La réalité est qu'en général les chargeurs se désintéressent même du navire sur lequel le transport sera exécuté.

13) RIPERT, II, n° 1742. adde : DANJON, II, 1^{re} éd., n° 577, p. 290.

pour introduire cette fiction, ils sont d'abord obligés de changer le fondement de la responsabilité, en mettant à la base de l'obligation du commettant le devoir de surveillance. Après ce premier abandon, ils déclarent qu'en fait et en droit cette surveillance étant impossible, les parties peuvent établir par convention et d'avance la preuve d'une absence générale de faute dans l'activité de l'armateur. Car « couper le lien » entre l'armateur et le capitaine, comme s'exprime un de ces auteurs, est une façon imagée de parler — ce lien coupé se traduisant dans la défense d'apporter la preuve d'une faute à la charge de l'armateur quant au fait de ses préposés.

On en revient ainsi justement au point de départ. Il s'agissait de savoir si les parties peuvent renoncer d'avance à la protection de l'art 1384 — 5°. Seulement entre temps on a introduit cet « aspect nouveau »¹⁴ de la fiction qui est l'autonomie du capitaine, c'est à dire qu'on a construit le procédé technique pour créer une digression, car une responsabilité fondée sur le risque ne saurait être écartée par la preuve d'une absence de faute, cette preuve fût-elle apportée avant la consommation de la faute.

*
**

Ce procédé pourtant ne date pas d'aujourd'hui ; il remonte à l'introduction de la faute dans l'arsenal juridique, c'est-à-dire à l'époque des compilateurs.

Lorsqu'ils ont fusionné les différentes sanctions (délictuelles et contractuelles) qui protégeaient les chargeurs dans le droit romain classique, une différence notable est apparue entre la responsabilité des commettants pour les personnes louées, et celle pour les personnes en puissance : conformément aux anciennes règles de la responsabilité délictuelle pour autrui, le commettant pouvait se libérer par abandon noxal, lorsque le délit était commis par une personne en puissance — par contre il était tenu de supporter toute la responsabilité du fait des personnes choisies en de-

14) RIPERT, II, n° 1742, p. 691.

hors de sa maison. Cette différence qui s'explique très bien dans le domaine délictuel, apparaissait comme une curiosité juridique lorsqu'on se plaçait sur le terrain contractuel. Pour écarter cette anomalie les compilateurs ont introduit la notion de faute : les commettants ne peuvent se libérer par abandon de la responsabilité des personnes louées parce qu'ils ont eu le loisir et la possibilité de les choisir — tandis qu'ils sont obligés de supporter leurs propres esclaves comme « une plaie de la domesticité »¹⁵. Aujourd'hui les capitaines de navire ne sont plus une plaie de la domesticité, mais ils sont une plaie de la loi, imposés aux armateurs par la loi et souvent choisis par une personne (le Consul) complètement étrangère à l'armateur¹⁶. De plus ils jouissent d'une autonomie de fait et de droit qui fait d'eux une catégorie à part de préposés. Il est donc juste qu'on permette aux armateurs de se libérer de la responsabilité du capitaine en l'abandonnant aux poursuites des chargeurs¹⁷.

*
**

En glissant ainsi sur le terrain de la faute on arrive à donner un double fondement à la responsabilité édictée par l'article 1384 — 5° C. Civ. (ou 216. C. Com.).

D'abord, comme toute disposition établissant une responsabilité, l'article 1384 — 5° C. Civ. consacre une répartition des risques conformément à l'apparence (risque créé par une activité organisée). En deuxième lieu cet article fixe un caractère définitif à cette répartition en présumant que l'énormité du risque résulte nécessairement d'un défaut d'organisation.

Or en droit maritime la situation n'est pas pareille ; le capitaine jouissant d'une liberté absolue dans l'exercice de son mandat, nul vice d'organisation ne peut être reproché à l'armateur¹⁸.

15) Dig., XLVII, 5, fr. 1, pr. 4-6 ; Cf. HUVELIN, *Etude d'histoire du droit commercial romain*, Sirey, 1929, p. 123, s.

16) R. VERNEUX, *L'Industrie des transports maritimes*, Paris, 1903, t. 2, p. 111, s.

17) Les tiers sont avertis que le préposé agit pour le compte d'autrui, mais à ses risques personnels », RIPERT, loc. cit.

18) « L'armateur s'abstient de toute administration personnelle ». RIPERT, II,

Le caractère irréfragable de la responsabilité édictée par l'article 1384 — 5° C. Civ. manquant de fondement dans le cas spécial du transporteur maritime, rien ne s'oppose à ce que les parties règlent le sort de leur responsabilité en toute liberté.

Cette discrimination dans la responsabilité des commettants en général et du transporteur en particulier, a été inaugurée par les compilateurs. Lorsque ceux-ci ont procédé à leur œuvre, une différence sensible existait entre la responsabilité du transporteur et celle des autres débiteurs d'une restitution. Tandis que le transporteur était tenu d'une façon rigoureuse, ne pouvant s'exonérer qu'en prouvant la force majeure, les autres débiteurs ne répondaient que de leur faute. Pour expliquer cette différence qui n'existait pas à l'époque classique et qui est due à l'adoucissement de la responsabilité des autres débiteurs, les compilateurs ont laissé planer sur l'activité du transporteur une présomption générale de faute. — Le droit moderne relève l'armateur de cette présomption de faute mais la conserve jalousement sur la tête du capitaine. En effet la jurisprudence déclare maintes fois que le capitaine ne saurait en aucun cas se libérer de ses obligations par une clause de non-responsabilité. Bien plus, lorsque les chargeurs ont demandé que l'armateur apporte, avant d'invoquer une « négligence-clause », la preuve que le dommage est dû à la faute du capitaine, la jurisprudence a repoussé cette prétention en restituant la présomption imaginée par les compilateurs dans toute son ampleur : tout dommage doit être présumé causé par la faute du capitaine¹⁹.

Cependant une différence notable sépare les deux époques.

Notamment dans le cas spécial du transporteur, la faute a été employée par les compilateurs comme un élément technique pour reconnaître un risque exorbitant, une responsabilité anormale.

Peut-on dire autant de la jurisprudence d'aujourd'hui ? A-t-elle voulu faire supporter au capitaine les risques de l'entreprise ? Assurément non. Alors que reste-il de cette notion de faute qui de-

19) Cass., 18 Juillet 1900, Autran, XVI, 146 ; comp. CESAR BRU et G. MORIN, La faute, le risque, l'abus de droit, An. Fac. Aix, 1906, p. 105.

vait déclancher invariablement une responsabilité complète et définitive ?

A son origine la faute a été employée comme un procédé technique pour rattacher tous les risques d'une activité à son auteur. Elle était déterminée par l'énormité de cette activité, par ce qu'elle avait d'excessif eu égard à une même activité exécutée dans des conditions normales. Lorsqu'on dépasse ce standard, lorsqu'on crée un risque exorbitant on ne peut pas faire appel à la solidarité sociale, et exiger qu'il soit réparti entre plusieurs, on doit le supporter en entier.

Le risque exorbitant peut être créé par l'intention bien caractérisée d'arriver à un potentiel exceptionnel, susceptible toujours de trouble la paix sociale justement par son énormité : c'est le domaine propre de la faute, de l'intention. Cette volonté nuisible doit être toujours réprimée comme essentiellement anti-sociale.

Mais la même potentiel de risque peut résulter d'un ensemble de circonstances où on ne saurait trouver aucune intention nuisible, mais où l'énormité du risque qui en résulte n'en rompt pas moins l'équilibre social. Le droit vient rétablir cet équilibre *aussi* promptement que si on se trouvait en présence d'une faute.

Les compilateurs ont donc employé la notion de faute dans ce cas spécial du transporteur, uniquement pour mettre en relief le fonctionnement de la règle de droit, et non pour constater véritablement une faute à la charge du transporteur. La faute apparaît ainsi comme une fiction nécessaire pour dynamiser la sanction sociale. A la base de la responsabilité du transporteur se trouve cette notion de risque créée par une activité organisée.

*
**

Cette fiction de la responsabilité personnelle du capitaine, de l'autonomie du capitaine au sein de l'entreprise, devait conduire à un autre résultat.

Avant de rejeter tous les risques du transport sur les chargeurs, par l'introduction d'une clause de non-responsabilité, une

répartition nouvelles des risques fut réalisée, consistant à rattacher de plein droit une partie de l'activité du capitaine à l'initiative exclusive des chargeurs. Le capitaine travaillerait pour le compte des chargeurs, en dehors de toute convention, en vertu même de la loi. Il deviendrait ainsi le représentant légal des chargeurs, parlant en leur nom et engageant leur responsabilité, laquelle devait être, d'après certains auteurs, illimitée²⁰.

Certes il faut reconnaître qu'à l'appui de cette opinion on pouvait invoquer un texte qui permettait au transporteur de mettre à la charge des affrêteurs une partie des risques de l'expédition (l'art. 296 C. Com.). Au lieu de voir dans cette disposition l'aboutissement d'une époque où l'expédition était organisée en étroite collaboration entre le capitaine et les marchands, les auteurs y ont vu la consécration d'un mandat légal.

La responsabilité globale du transporteur telle qu'elle résultait du *receptum* du droit romain classique a été émietlée au Moyen Age à la suite des associations directes entre les capitaines et les chargeurs. Chaque éléments du contrat de transport fut alors envisagé d'une façon spéciale : le navire, les services du capitaine, la fidélité de l'équipage. La détermination des risques pour chaque opération prise en elle-même, aboutit à donner au contrat d'affrètement un caractère nettement social, à faire de lui une convention dans laquelle le fret n'est plus un prix forfaitaire demandé par un entrepreneur, mais un projet provisoire de dépense. Les institutions qui naissent à l'occasion du transport ont pour but de maintenir la répartition des risques, réalisée au Moyen Age. Le législateur les a pris cristallisées dans leur état final, comme c'est le cas de l'art. 296, C. com., sans se prononcer sur la nature des rapports juridiques entre le capitaine et les chargeurs.

Puisque d'une part, la loi permet dans certains cas au capitaine de travailler à la fois pour le compte de l'armateur et pour son propre compte, — ce qui lui permet de prendre cette position

20) Certains codes de commerce ont donné un caractère légal à cette fiction : Allemand, art. 535 (K. COSACK, *Lehrbuch des Handelsrechts*, 12^e éd. 1930, p. 492) ; Néerlandais, art. 371 ; Japonais, art. 565.

de mandataire des chargeurs — et comme, d'autre part, la pression des événements exige souvent une protection des intérêts des chargeurs, il n'y a pas de raison de ne pas considérer cette qualité du capitaine comme générale. Mais ce concept se retourne quelquefois contre l'armateur. Ainsi lorsque le capitaine louait le deuxième navire (art. 296. C. com.) pour un prix moins élevé que le premier, et du moment qu'il exécutait cette opération pour le compte des chargeurs, conformément aux règles du mandat, la différence de fret devait profiter aux propriétaires des marchandises et non à l'armateur. A cela on a répondu que le capitaine reste quand même le préposé du transporteur et qu'en cette qualité la différence de fret lui en revient, comme une prime légale, comme une récompense des diligences faites pour se procurer un nouveau navire.

Cette volte-face du capitaine pour la même situation juridique met en évidence le caractère de fiction de la représentation des chargeurs par le capitaine²¹.

*
**

Quelle est l'origine de cette fiction? Le capitaine a-t-il toujours joué ce rôle occulte ?

Il est certain que la figure du capitaine de navire a été préparée par une longue évolution historique. Longtemps sa responsabilité a été une réalité économique, le résultat d'une exploitation pour son propre compte.

Depuis les origines incertaines de la navigation chez les romains et jusqu'aux environs du XVII^e siècle, avec de courtes éclipses, l'exploitation du navire faisait partie de l'activité personnelle du capitaine ; la gestion de l'entreprise se confondait presque avec celle de sa fortune personnelle. L'aventure lui appartenait, il était « maître du navire après Dieu », et cela même lorsque cette fortune provenait d'une collaboration plus étendue

21) Cette solution a été critiquée même par les auteurs qui considèrent le capitaine représentant légal des changeurs : RIPERT, II, no 1641.

des capitaux. Vis-à-vis des tiers surtout, l'aventure n'était qu'un élément de sa fortune ; pour eux il était le « Seigneur de la nau ». Il était donc naturel que cette fortune se séparât de celle des participants à l'expédition²².

Mais à l'abri de cette séparation, les collaborateurs, les prêteurs d'argent, deviennent de plus en plus nombreux, de plus en plus puissants, arrivant ainsi à restreindre les pouvoirs discrétionnaires du capitaine sur l'expédition, et à créer par là une nouvelle séparation entre la fortune du capitaine et l'exploitation du navire.

L'initiative de l'entreprise passe dorénavant dans le camp des armateurs, et si le capitaine jouit encore de larges prérogatives comme dans le temps où l'exploitation du navire se confondait presque avec la gestion de ses biens personnels, c'est que vis-à-vis des tiers l'expédition se présente nécessairement comme un tout homogène.

L'Ordonnance de 1681 consacre définitivement cette double séparation, en limitant d'une part, la responsabilité du propriétaire pour les « *faits du maître* » jusqu'à la concurrence de la fortune de mer, et d'autre part, en restreignant les pouvoirs du capitaine, c'est-à-dire en séparant cette fortune de sa fortune personnelle, sans toutefois rompre l'unité de l'expédition vis-à-vis des tiers, c'est-à-dire en lui laissant les pouvoirs nécessaires pour assurer l'unité de direction qu'exige l'expédition. Le navire et le fret devaient former une limite de responsabilité pour l'exploitation normale du navire.

Pour apprécier cette exploitation, il fallait se référer à tout ce qui formait ensemble « les faits du maître », c'est-à-dire à l'activité d'un type abstrait de capitaine, tel qu'il résultait de tout le contenu de l'Ordonnance, de toutes les institutions où le capitaine faisait figure de débiteur personnel. Le capitaine de navire apparaissait ainsi comme un inventaire de l'exploitation normale du navire ;

22) A l'époque trouble des Croisés, quand l'esprit d'aventure pouvait compromettre la fortune des femmes mariées, c'est-à-dire quand le mari était véritablement « le seigneur et maître de la communauté », on a permis à celles-ci de renoncer à la communauté : AUBRY et RAU, 4^e éd., V, pr. 505.

autrement dit, il est un critérium légal pour la mise en œuvre de la responsabilité que devait encourir l'armateur comme entrepreneur.

Deux motifs ont déterminé le législateur à procéder de la sorte :

1° Il a pris les institutions du droit maritime telles qu'elles se présentaient en pratique, c'est-à-dire avec la répartition de risques qu'elles consacraient.

2° Une prudence élémentaire le contraignait de mettre à l'abri cette séparation de biens de l'influence néfaste du droit commun.

Les commentateurs de l'Ordonnance, au lieu de voir dans cette séparation entre la fortune de terre de l'armateur et l'expédition confiée au capitaine, une règle générale de responsabilité pour l'exploitation normale de l'entreprise²³, ont fait de cette séparation une règle exceptionnelle dans le cadre même de l'entreprise en déclarant que normalement l'armateur doit être tenu d'une façon illimitée et que c'est seulement dans certains cas et sous certaines conditions que l'armateur peut invoquer le bénéfice légal²⁴.

Ce qui était exceptionnel par rapport au droit commun des

23) Cette limitation fut organisée d'une façon assez empirique, la notion d'abandon éveillant naturellement l'idée d'une mesure exceptionnelle. Tel qu'il a fonctionné en droit français (abandon en nature), sa nature juridique a soulevé les plus âpres discussions. 1° L'abandon ne serait qu'une forme imparfaite de consacrer la responsabilité réelle des propriétaires des navires (Verneux, Bonnacasse). — 2° L'abandon est une *datio in solutum* : l'armateur, tenu personnellement, est autorisé de donner en échange le navire et le fret (*aliud pro alio*), POLLACO, *Della Dazione in pagamento*, Padova, 1888, I, p. 121. — 3° Ne transmettant pas la propriété aux créanciers, l'abandon ressemble plutôt à la *cessio bonorum*, avec cette différence que cette dernière porte sur tout le patrimoine du débiteur, et que les créanciers gardent leurs créances pour la partie non-remboursée. cf. G. CLAPS, *Così dette obbligazioni reali e abbandono obbligatorio nel diritto civile italiano*, Riv. Ital. per le scien. giur., 1906, p. 294. — 4° On a voulu voir aussi dans l'abandon l'exécution d'une de ces obligations dans laquelle il faut distinguer deux éléments : un élément réel, la dette (*Schuld*) un élément personnel, la responsabilité (*Haftung*). La dette est tout ce que l'armateur doit normalement à la suite de la gestion du navire, la responsabilité est représentée, par contre, par la valeur du navire. Cette distinction n'a aucun contact avec la réalité, car la dette est justement ce qui est reconnu par le pouvoir social. On ne saurait séparer la responsabilité de l'idée de société. V. ROCCO, cité par BRUNETTI, *Sulla natura jurídica dell'abbandono ai creditori nel diritto marittimo*, II *Diritto Commerciale*, 1912, p. 401 et 402. Ce dernier auteur rapproche l'abandon de la responsabilité de l'héritier bénéficiaire. Comp. WAHL, n° 1075.

24) Le droit d'abandon est une « grâce » qui est contraire au droit commun ». EMERIGON, *Ass.*, ch. XII, sec. III.

obligations, c'était la règle même et non l'application de cette règle, laquelle devait être générale pour tout acte de l'exploitation normale du navire. Par contre la responsabilité illimitée de l'armateur apparaît comme une déchéance du bénéfice légal, comme une sorte de pénalité.

La confusion persiste encore parmi les auteurs modernes parce qu'on a peur du mot bénéfice²⁵, parce qu'on s'imagine qu'on dégrade le droit maritime si on reconnaît ouvertement que la loi a créé une règle particulière pour l'exploitation normale du navire.

C'est bien pour cette exploitation que le droit a créé ce bénéfice. Et que l'animateur de cette exploitation soit appelé du nom de capitaine ou d'armateur il n'importe ; chaque fois que le droit est sollicité d'intégrer des phénomènes organisés, comme le transport, dans le plan social — il vise plutôt ces phénomènes dans leur causalité que les personnes qui les animent. Et si néanmoins une personne est désignée c'est seulement parce qu'elle représente l'aspect dynamique du phénomène organisés, parce qu'elle peut être utilement contrôlée et disciplinée pour réaliser la paix sociale.

Les jurisconsultes romains de l'époque classique ont senti à tel point ce besoin, que pour pouvoir atteindre l'armateur à une époque où celui-ci était devenu le maître de l'opération, ils ont tout simplement dilaté le sens du mot « *nautae* » par lequel le prêteur désignait originellement le débiteur du contrat de transport, en vue d'y faire rentrer l'armateur. Par ce procédé les chargeurs pouvaient poursuivre l'armateur sans recourir à l'action exercitoire, le transport étant considéré comme une activité personnelle de l'entrepreneur.

Par contre, les commentateurs de l'Ordonnance de la Marine, tout en montrant que par le capitaine le législateur a voulu désigner l'armateur, ne vont pas jusqu'au bout de leur système, et

25) DANJON, 1^e éd., II, n° 577, p. 291.

maintiennent le capitaine personnellement responsable pour l'exploitation du navire. Il est vrai que la même chose fut affirmée autrefois par Paul²⁶ lorsqu'il commentait l'action evercitoire, c'est-à-dire l'action qui devait briser le cadre rigide de la non-responsabilité. Seulement Emerigon et Valin vivaient à une époque où le législateur pouvait édicter une règle nouvelle sans avoir besoin de maintenir la valeur formelle de l'ancien droit. Il faut croire cependant que les formules dans lesquelles s'était cristallisé le droit coutumier pesaient trop sur la conscience de ces jurisconsultes, en les empêchant de rendre à la responsabilité du capitaine sa véritable signification de critérium légal pour la mise en œuvre de la responsabilité de l'armateur.

Leur conception pourtant ne diffère pas beaucoup de ce point de vue, tout au moins dans ses résultats. En effet, ils enseignent que le capitaine est mentionné partout dans sa qualité de représentant légal, « de procureur né », de l'armateur. Toutes les solutions du droit maritime gravitent autour de cette représentation légale ; elle les explique toutes.

Mais ce concept doctrinaire ne tarda pas à montrer ses vices, et les partisans d'une responsabilité illimitée de l'armateur pour les engagements contractuels du capitaine arrivent à écarter le bénéfice légal de la limitation en faisant une discrimination entre les « *faits du maître* ». Ces « faits du maître » ne correspondent pas à l'exploitation du navire dans son ensemble, à l'activité normale du transporteur mais uniquement aux délits du maître, par opposition aux actes juridiques.

Cette interprétation devait inquiéter les armateurs jusqu'en 1841, lorsqu'une intervention législative vint confirmer la portée générale de l'art 216 C. Com.

En effet on n'arrivait pas à comprendre que le législateur ait pu limiter les dettes d'un entrepreneur dès leur naissance sans présumer par là même que ces dettes résultent d'une activité in-

26) Paul, lib. 29 ad. ed., fr. 5, pr. 1, Dig. XIV, 1 : Hoc enim non transfertur actio sed adiicitur.

directe, et plus encore, d'une activité fautive. En outre on sous-entendait que si l'armateur pouvait restreindre sa responsabilité au navire et au fret, c'est que la loi désignait un autre débiteur tenu d'une façon illimitée : le capitaine. Par là on donnait satisfaction à tout le monde, alors surtout qu'une disposition spéciale sauvait la valeur formelle de l'ancien droit, en retirant le bénéfice légal au capitaine qui exerçait le métier de transporteur pour son compte.

*
**

La responsabilité de l'armateur apparaît ainsi non comme le résultat d'un bénéfice légal mais comme la conséquence naturelle des contingences spéciales au commerce maritime.

On voulait nous faire sentir qu'on se trouve en face des *données* même du droit et qu'aucune intervention discrétionnaire du législateur n'est venu fausser le jeu normal de la responsabilité²⁷, tout commettant se trouvant dans la situation de l'armateur devant bénéficier de la limitation édictée en droit maritime²⁸.

En réduisant ainsi la responsabilité de l'armateur à l'expression pure et simple du droit commun, on substituait aux raisons profondes qui ont présidé à la codification du droit maritime, et qui représentaient tout le particularisme de ce droit, des artifices qui n'avaient même pas le mérite d'engendrer des solutions cohérentes²⁹.

Certes, le droit maritime comme toutes les autres disciplines juridiques est alimenté par la même sève de l'équité. On ne saurait donc le séparer du droit commun jusqu'à proclamer son « autonomie » complète. Mais on tomberait dans un excès opposé en contestant qu'il ne forme pas un domaine juridique nettement distinct de l'ensemble du droit³⁰. Ses prescriptions sont d'abord

27) Comp. DANJON II, n° 577, p. 290 : « La vérité est que la responsabilité découle ici comme partout de la nature même des choses ; mais elle naît ici dans des conditions très particulières qui lui donnent une étendue exceptionnelle... »

28) RIPERT II n° 1235 et 1238.

29) V. notamment pour l'art. 296 C. Com. infra ; n° 212.

30) BONNECASE, *Le droit commercial maritime, son particularisme, son domaine d'application, sa méthode*. Paris, 1930.

destinées à réaliser l'entente entre les différentes parties intéressées à l'expédition. De ce point de vue il n'y a rien de particulier à notre discipline. Mais les rédacteurs de l'Ordonnance visaient encore autre chose : à savoir, donner à la navigation un statut juridique qui permette à l'Etat d'augmenter sa puissance maritime. C'est pourquoi on a réparti les risques de l'expédition entre le plus grand nombre des sujets, et surtout on a limité la responsabilité de l'armateur à la valeur des biens exposés aux risques de la mer. Les institutions du droit maritime établissent ainsi une véritable contribution sur une certaine catégorie des sujets en vue d'assurer le développement de la marine marchande ; leur aspect juridique renferme le principe politique d'une prime à l'armement³¹.

Ce principe suffit à lui seul à donner au droit maritime une place à part dans l'ensemble du droit. La doctrine a été presque unanime à reconnaître d'une façon formelle le particularisme du droit maritime ; elle s'en est même servie toutes les fois qu'une difficulté surgissait dans une solution juridique³². Seulement ce particularisme était dépourvu de l'élément le plus essentiel, à savoir de la raison qui a présidé à la codification du droit maritime. Ainsi si on doit élever un reproche contre cette doctrine c'est de ne pas avoir reconnu assez ouvertement le caractère particulariste du droit maritime et d'avoir introduit en échange trop de fictions afin de réaliser un nivellement entre les institutions de ce droit et celles du droit commun.

*
**

Sans avoir perdu le contact avec la raison puissante qui a présidé à sa consécration, la responsabilité de l'armateur serait restée aussi étendue et aussi nécessaire que lorsqu'elle fut proclamée en 1681.

31) PRODOMIDES, *Les restrictions légales à la responsabilité de l'armateur*, thèse, Paris 1919.

32) C'est d'ailleurs une méthode qui a été utilisée dans d'autres branches du Droit. V. pour le droit fiscal, FR. GENY, *Le particularisme du droit fiscal*, Rev. Trim., 1931, p. 797.

Aussi étendue; elle n'aurait pas eu besoin d'aucune précision, d'aucune extension. Les « faits du maître », complétée en 1807 par « relatifs au navire et à l'expédition », englobaient toute l'exploitation normale du navire, toute la responsabilité du transporteur.

En 1681, l'exploitation se réalisait à l'aide du capitaine et des marins ; plus tard d'autres personnes sont venues collaborer à cette exploitation. Leur activité devait rentrer toujours dans les « faits du maître », car le législateur ne pouvait figer l'exploitation maritime exactement dans les pratiques du XVII^e siècle. Ainsi n'aurait-on point eu besoin d'imaginer une complication de situation juridique, d'introduire une abondance de fictions³³ pour déterminer la responsabilité découlant de l'exploitation normale du navire.

L'Ordonnance n'a fait aucune discrimination dans cette exploitation, elle a employé un terme générique : « les faits du maître », les phénomènes organisés comme le transport, étant toujours intégrés dans le plan social avec des formules substantielles dans lesquelles se condensent les principes qui doivent servir de point de repaire pour le juge. En négligeant cette valeur de critérium que l'Ordonnance a assignée à la responsabilité du capitaine, et en introduisant des concepts inutiles ou inopportuns, on est arrivé à détruire l'intégrité du bénéfice légal.

A partir du milieu du XIX^e siècle, une période nouvelle s'ouvre pour la responsabilité personnelle du capitaine. Sous des différentes variantes, l'ancien adage de « maître après Dieu » est rappelé partout où les règles de droit s'opposent à un élargissement du bénéfice légal. Cette troisième période s'achève avec la reconnaissance jurisprudentielle de l'irresponsabilité du transporteur. Cependant le triomphe total de cette irresponsabilité a été

33) La jurisprudence a déclaré l'armateur mandataire du capitaine pour la signature des connaissements, car peu importe que ces actes sont rédigés par des agents terrestres de l'armateur, du moment « qu'il appert de tous les connaissements eux-mêmes, que tout est fait au nom et pour le compte du capitaine ». Civ. Ref., 22 Mai 1867, D. 1867, 1, 212.

arrêté par la résistance des chargeurs, résistance qui a abouti à une convention internationale (Bruxelles 1924) prohibant les clauses de non-responsabilité, mais seulement après avoir considérablement élargi le cadre de l'article 216. C. com.

La fiction de la responsabilité personnelle du capitaine paraît avoir terminé sa carrière. En effet le compromis signé à Bruxelles a été traduit dans plusieurs pays en loi interne. Les nouveaux codes reconnaissent la responsabilité directe du transporteur et s'occupent uniquement d'elle en replaçant ainsi le chargeur en face de son débiteur naturel, ainsi que les parties l'ont entendu, ainsi que les choses se passent en réalité. Du même coup la responsabilité personnelle du capitaine a perdu la majeure partie de son intérêt. Les nombreuses études consacrées par les auteurs à ce préposé si peu solvable étaient d'ailleurs suspectes pour ne pas éveiller l'attention de celui qui veut se rendre exactement compte de la véritable situation du capitaine dans l'entreprise de transport. La persévérance avec laquelle on voulait prouver son indépendance, sa « personnalité »³⁴, sa grande initiative, nous faisait perdre le contact avec la réalité.

La réglementation de cette profession doit normalement trouver sa place dans un code sur la marine marchande.

*
**

Nous avons déjà laissé entrevoir les trois parties de notre étude.

La première période comprend toute l'évolution du droit maritime jusqu'à sa codification (l'Ordonnance de 1681). Dans cette période la responsabilité personnelle du capitaine est une réalité économique ou sociale, (la situation spéciale du droit romain vis-à-vis du problème de la représentation.

Une deuxième période s'ouvre avec l'Ordonnance de la Marine ; c'est la période du critérium légal de mise en œuvre de responsabilité de l'armateur.

Enfin la troisième période, celle de la fiction, s'étend depuis la moitié du XIX^e siècle et jusqu'à nos jours.

34) Civ. Rej., 22 Mai 1867, précité.

PREMIÈRE PARTIE

LA RESPONSABILITÉ DU CAPITAINE

RÉALITÉ ÉCONOMIQUE ET SOCIALE

CHAPITRE PREMIER

LA PERIODE ROMAINE

I

Le rôle du transport dans l'économie romaine

1. — Les Romains n'ont senti le besoin d'une marine commerciale qu'à partir du VI^e siècle, lorsque les guerres qu'ils ont eu à soutenir contre les Carthaginois les ont obligés à recourir aux navires étrangers.

Dans la société primitive romaine, dominée par l'économie domestique, le commerce était une activité qui occupait peu de place ; la maison romaine, par son organisation autonome, se suffisait à elle-même ; quant aux quelques échanges qu'il pouvait y avoir, ils ne touchaient pas le fond de la vie économique. Le navire étant un instrument commercial par excellence, il est évident que dans une telle société, la navigation n'avait pas de raison d'exister.

Mais quand la conquête ouvrit aux Romains les voies du monde antique, le déplacement massif des richesses qui s'ensuivit entraîna l'économie familiale dans le courant des échanges ; le commerce prit dès lors, une importance de plus en plus grande, de sorte qu'au début du VII^e siècle, les navires employés pour les

besoins du trafic romain forment une flotte suffisamment importante pour assurer la position sur mer de la Cité Eternelle¹.

2. — Les objets les plus variés qui abondaient sur les places de l'Asie Mineure et de l'Egypte furent dirigés sans cesse vers Rome. Avec les produits d'une industrie raffinée comme était celle de la Grèce, les navires apportaient aussi l'influence d'une civilisation supérieure². D'autre part, comme la navigation de l'Antiquité était surtout côtière, les Grecs ont servi nécessairement d'intermédiaires entre l'Orient et l'Italie; les institutions juridiques des Romains s'en sont ressenties profondément³.

3. — Les règles de droit élaborées pour les besoins d'une économie fermée devaient se trouver inaptes à régir une activité impliquant la collaboration de groupes de plus en plus étendus. En effet, le commerce maritime a rencontré parmi les principes généraux du droit⁴ un obstacle qu'il a dû constamment battre en brèche, savoir le principe de la non-représentation dans les actes juridiques. La déchéance de cette règle a été le résultat direct de l'avènement des institutions commerciales destinées à favoriser le trafic maritime.

4. — Cependant, le transport a dû attirer assez tôt l'attention du pouvoir social. Ainsi, nous trouvons les seuls moyens de transport dont disposait la société agricole romaine, — les bêtes de somme, — rangés parmi les choses fermement attachées à la famille (*res mancipii*). De même, parmi les premiers droits reconnus sur les choses, nous trouvons les servitudes rustiques⁵, c'est-à-dire celles qui devaient assurer le déplacement d'un fonds à un

¹) P. HUVELIN, *Etude d'Histoire du Droit Commercial Romain*, Paris, 1929, p. 28.

²) MOMMSEN, *Histoire Romaine*, trad. de GUERLE, Paris, Flammarion, vol. 1, p. 157 et s.

³) Parmi les Etats grecs les plus florissants, Rhodes au III^e et au II^e siècles av. J.-C. contrôlait presque tout le commerce entre l'Europe et l'Asie Mineure, jouissant ainsi d'un prestige dont l'écho se retrouve dans la législation romaine sur l'avarie commune. (v. J. TOUTAIN, *L'Economie Antique*, p. 194).

⁴) Les Romains n'ont jamais séparé le domaine du droit civil de celui du droit commercial; par contre, le droit grec dénué de formalisme, et sujet à une infiltration permanente de pratiques internationales, est arrivé à une certaine spécialisation des rapports commerciaux. Le prêt maritime, par exemple, a été considéré à Athènes comme un acte de commerce objectif. Cf. U. E. PAOLI, *Studi di diritto Attico*, p. 15.

⁵) BONFANTE, *Histoire du Droit Romain*, trad. CARRERE & FOURNIER, Sirey, 1928, p. 194 et s.

autre. Le pouvoir social inspiré par l'utilité que le transport présentait pour la production des biens entoure donc les éléments dont la mise en œuvre réalise le transport, d'une protection particulièrement efficace.

Saisi sous cet aspect statique¹, le transport répondait exactement aux besoins de la société primitive romaine; sa protection était suffisante pour assurer la liberté d'action de la famille. Les éléments concourant à le réaliser, appartenant au même groupe², l'aspect dynamique de l'opération est resté en dehors du plan social. Il n'intéressait que le groupe restreint qui était la famille, et à l'intérieur duquel toute répartition de risques, émanait de la volonté puissante du *pater familias*.

5. — Cet aspect statique du transport terrestre se rencontre aussi dans le transport maritime de l'antiquité et notamment chez les Grecs qui ont été les grands voituriers de la Méditerranée. Ils n'y ont vu qu'une activité accessoire, englobée dans une opération commerciale plus vaste, comme le prêt à la grosse, ou autre spéculation sur les marchandises.

Le marchand était en même temps l'armateur du navire, dans lequel il transportait ses propres marchandises; les marins employés étaient le plus souvent des esclaves personnels. Cette phase de production accessoire a laissé des traces profondes dans la terminologie léguée par le Droit attique. Nous y trouvons l'expression de capitaine armateur ou propriétaire du navire (*Naucreroi*) inséparable de celle de négociant transporteur de marchandises (*Emporoi*)³.

6. — Développée au contact de l'intense trafic hellénique, la

¹) « L'Utilisation personnelle et directe des biens propres... », G. VALERI, Osservazioni critiche sul concetto di Trasporto nel diritto privato. Rivista del diritto commerciale, 1920, p. 468 et s.

²) L'emploi des esclaves aussi bien pour la fabrication que pour l'échange excluait l'intervention de tout intermédiaire, concentrant ainsi dans une seule entreprise les fonctions multiples réparties aujourd'hui entre le capitaliste, le producteur et le marchand. Voy. GUIDO PANDELLETTI, Storia del Diritto romano, 2^e éd. Firenze 1886, p. 14, note R., par COGLIOLO.

³) P. HUVELIN, Navicularius, D. S., p. 20. — BAUCHET, Histoire du Droit Privé de la République Athénienne, Paris 1897, vol. IV, p. 88.

navigation romaine devait avoir au début le même caractère d'industrie accessoire. Etant donné en outre que l'économie romaine reposait sur la force de la maison, c'est sans doute dans le cadre de la famille, et sous la volonté tutélaire de son chef qu'au début du VI^e siècle¹ le fils de famille ou l'esclave entreprit le voyage par mer à la recherche des produits dont la vente apportait de gros bénéfices. Le transport maritime prit ainsi à l'origine la signification d'une manifestation externe de la *potestas*, se réalisant dans une série d'opérations constituant un bloc juridiquement homogène.

7. — A cet état amorphe de l'opération de transport correspondait une confusion des positions juridiques: le chef de l'aventure étant à la fois armateur et propriétaire du navire reçu à titre de pécule. Malgré les transformations subies ultérieurement par l'économie maritime, les traces de cette situation se retrouvent toujours dans la terminologie juridique romaine²) et notamment dans l'emploi du mot « *nauta* ». Tantôt il désigne les gens de mer³, tantôt l'armateur⁴, tantôt le capitaine⁵, et cela parfois dans le même texte⁶.

8. — Cependant, le Droit Romain est arrivé à saisir le transport sous son aspect dynamique, et peut-être d'une façon aussi complète que possible. Le transport fut envisagé comme un résultat final promis par un entrepreneur à un chargeur, sans considération aucune des moyens de réalisation. Sous cet aspect, il arriva bientôt à se détacher des opérations commerciales dont il fut longtemps l'accessoire, pour acquérir une autonomie complète. Et à une époque où l'entreprise maritime fut entraînée dans le chan-

¹) P. HUVELIN, Cours Élémentaire de Droit Romain, 1929, vol. II, p. 95.

²) C'est pourquoi il y a une grande incertitude dans les textes romains sur le criterium de distinction entre l'affrèteur et l'armateur, le simple fait d'avoir loué le navire en entier étant insuffisant pour constituer la qualité d'armateur. (V. l'analyse des différents criteriums proposés dans VALERI, étude précitée, p. 481, note 4.)

³) PAUL, lib. 22 ad ed., fr. 6, pr. 4, Dig., IV, 9.

⁴) Fr. 1, pr. 2, Dig., IV, 9.

⁵) Fr. 31, pr., Dig., XIX, 2 — voy. PARD., I, p. 96, note 4.

⁶) Fr. 1 pr. 2 Dig. IV, 9. Nous allons revenir sur cette question dans le chapitre consacré à la personne originalement visée par le prêteur dans son édit sur le *receptum nautarum*. V. *infra*, n° 67.

gement imprimé par l'économie capitaliste¹, une distinction précise apparût entre les positions juridiques de capitaine, armateur et affrêteur.

Dans cette partie consacrée au Droit Romain, nous allons essayer de déterminer la position du capitaine de navire dans l'entreprise de transport telle qu'elle apparaît à la lumière des institutions enfantées par le développement du commerce maritime.

II

La position du *Magister Navis* dans l'entreprise de transport

1. — *Nécessité d'une étude préalable de l'action exercitoire*

9. — La recherche de la responsabilité du *Magister Navis* devrait être plus aisée que cette même recherche pour le capitaine de navire en droit moderne, la tâche paraissant limitée à la détermination de sa responsabilité comme transporteur. En effet, la conservation du principe primitif de la non-représentation a fait que le capitaine est toujours considéré comme le principal débiteur de l'exécution du contrat; l'armateur n'étant appelé que pour atténuer la rigueur d'un principe anti-économique.

Pourtant, il n'en est rien. Comme de nos jours, cette recherche est toujours détournée par les tendances constantes du législateur, soucieux de satisfaire aux besoins du commerce maritime, tout en respectant le statut primitif de la responsabilité élaboré conformément aux principes organiques du Droit Romain. C'est

¹) Le commerce maritime prit une place importante dans l'économie romaine; aussi les écrivains le considéraient comme un des plus sûrs moyens de s'enrichir. SALVIOLI, *Le Capitalisme dans le Monde Antique*. Paris, 1906, trad. A. BONNET, p. 224 s.

pourquoi la difficulté qui se présente aujourd'hui pour isoler les cas où le capitaine répond en son nom personnel, abstraction faite de sa qualité de préposé de l'armateur¹, se retrouve, il est vrai, sous un aspect différent, mais toujours aussi considérable, dans le droit romain. En effet, les textes juridiques consacrés au commerce maritime nous incitent constamment à suivre le chemin frayé par la jurisprudence pour atteindre le patrimoine du commettant solvable. Leur teneur originale fut altérée sous l'inspiration d'une réforme réalisée à la suite du changement qui se produisit dans l'exploitation du navire à la fin de la République et durant toute l'époque de prospérité qui s'ensuivit.

10. — Le peu de connaissances professionnelles qu'exigeait la navigation d'antan faisait que la direction technique du navire était presque insignifiante, tout l'intérêt juridique de l'expédition se concentrant dans la gestion commerciale. Or, comme cette gestion était assurée pendant toute l'époque qui précéda l'action exercitoire, par celui-là même qui exploitait le navire, la position juridique de capitaine se trouvait confondue avec celle d'armateur. En effet, le commerce de mer a été longtemps l'œuvre d'un capitaine qui naviguait pour son propre compte. En outre, chez les Grecs, tous ceux qui avaient un intérêt dans le navire, l'accompagnaient ou se faisaient représenter par des esclaves. Cette situation a laissé des traces profondes dans la configuration des pouvoirs du capitaine. L'organisation de la responsabilité du transporteur concernait ainsi au début une personne complexe présumée toujours présente par la nature des choses. Mais lorsque l'exploitation du navire fut l'œuvre d'une personne différente de celle du capitaine, il a fallu une nouvelle intervention pour atteindre l'armateur, ce qui se traduit d'abord par une réforme législative et ensuite par un travail jurisprudentiel tendant à déplacer l'ancienne responsabilité du capitaine, pour la transporter sur la tête de l'armateur. De là une série de confusions, des sens ambigus, qui

¹) RIPPERT, I, n° 830, p. 905.

ajoutés à l'œuvre néfaste des compilateurs¹ rendent les recherches particulièrement difficiles.

11. — On se rendra mieux compte de ce qui appartient véritablement à l'ancien droit, c'est-à-dire ce qui correspond à l'époque où l'expédition était organisée par une seule personne, lorsqu'on étudiera la sanction primitive du contrat de transport. Et justement, pour faciliter cette recherche, nous allons intervertir l'ordre chronologique des institutions juridiques, pour commencer par la plus récente.

2. — *Nature des rapports juridiques entre le Capitaine et l'Armateur. Situation spéciale du Droit Romain*

12. — Entre le *Magister Navis* et l'*exercitor*, des rapports de droit n'étaient possibles que si le premier était une personne sur laquelle ne s'exerçait pas la puissance directe du second. Cette situation était la conséquence logique du principe fondamental², suivant lequel les affaires internes de la maison romaine ne concernent que son chef, détenteur unique de la capacité juridique. Mais la confiance accordée aux esclaves, le fait de les employer de plus en plus comme conducteurs de navire, ou comme gérants d'un commerce et surtout de l'intérêt que le chef de famille accordait à ce procédé, contribuèrent à reconnaître aux personnes en puissance d'abord une aptitude à acquérir une créance pour le compte du maître, plus tard le droit de rendre ce dernier débiteur jusqu'à concurrence des biens confiés, et ensuite, une certaine capacité de figurer dans les actes juridiques comme créanciers et comme débiteurs³. Cette capacité trouva un support réel dans l'institu-

¹) Entre autres, dans un passage d'ULPIEN, on confond l'action découlant de la promesse de transporter les marchandises (*receptum saluum fore*) avec l'action *in factum de vol* (*furti adversus nautas*). ULPIEN lib. 38 ad éd. fr. 5 par. 4 et 6 Dig. XLVII. 5. — Voy. P. HUVELIN, *Etude d'Histoire du Droit Commercial Romain*, p. 123.

²) IHERING, *Histoire du Développement du Droit Romain*, trad. MEULENAERE, Paris 1900, p. 86.

³) Cette évolution fut achevée à la fin de la République. Cf. HUVELIN, *Cours*, vol. II, p. 117; GIRARD, *Manuel*, 1929, p. 106.

tion du pécule qui devait jouer avec le temps le rôle d'un véritable patrimoine permettant aux personnes en puissance de participer pour leur compte personnel à la vie commerciale et juridique¹.

13. — Dégagée par une sorte d'émanation de la *potestas* l'individualité des personnes en puissance devait s'imposer aussi au maître, sinon pour engendrer de véritables rapports de commettant à préposé, du moins comme un objectif visé sans cesse par l'action des tiers qui contractaient avec ces assujettis². Leur responsabilité vis-à-vis du maître reste toujours une affaire privée, ils ne sont ni mandataires, ni loueurs de service, ils sont tout simplement soumis à la justice absolue de leur chef.

14. — Quand, sous la pression de besoins économiques, on a reconnu l'utilité pour le *pater familias* de garantir l'exécution des engagements contractés par son esclave ou par son fils, on s'est demandé tout naturellement en vertu de quel droit et dans quelles limites les tiers pouvaient avoir une emprise sur le patrimoine du commettant. A partir de ce moment, le fait d'avoir mis à la tête du navire une personne en puissance n'est plus une affaire exclusivement privée, cela intéresse les chargeurs qui lui ont confié les marchandises, les capitalistes qui lui ont prêté de l'argent, des passagers qui ont voulu atteindre un certain port, en un mot le nombre infini des personnes touchées par le commerce maritime. Bien plus, la protection de ces derniers attirera à elle seule presque toute l'attention du législateur, qui dans la formule de l'édit sur l'action exercitoire, considéra l'ordre donné au préposé comme une manifestation de volonté se dirigeant surtout vers les tiers; c'est-à-dire comme un acte unilatéral réalisant une sorte de publicité des pouvoirs conférés au capitaine³.

15. — Ainsi comprise, la préposition laisse dans l'ombre tou-

¹) GABRIEL MICOLIER, *Pécule et Capacité Patrimoniale*, Thèse Lyon 1932, p. 69 et s.

²) Car si les conditions de droit régissant la validité des actes juridiques conclus par l'intermédiaire des esclaves s'apprécient dans la personne du maître, les conditions de fait de cette validité sont nécessairement envisagées dans la personne du préposé. Fr. 31 par. Dig. XXVIII, 5.

³) HUVELIN, *Etude d'Histoire précitée*, p. 162.

te la série de relations entre le commettant et le préposé. On poursuit l'armateur parce qu'il a voulu répondre de certaines conventions conclues par le préposé et non parce que des rapports de droit se seraient établis entre lui et son commis. Même lorsqu'un armateur confie la direction d'un navire à une personne libre, le contrat qui l'unit à celle-ci (mandat ou louage de service) reste indifférent pour apprécier sa responsabilité.

16. — Par contre, nous allons voir que le droit maritime moderne accorde une importance capitale à la nature des rapports juridiques existant entre le capitaine et l'armateur pour en faire la clé de voûte de la responsabilité du transporteur¹.

Cette différence entre le droit romain et le droit moderne ne doit pas nous surprendre. Elle s'explique par les tendances toutes opposées qui agitaient le problème de la responsabilité, autrefois et aujourd'hui. D'après les principes du droit civil, l'armateur n'était exposé à aucun recours pour les contrats passés par son préposé; or cela se retournait contre lui, l'empêchant de faire appel au crédit indispensable au commerce maritime. L'intervention du prêteur devait justement remédier à cette paralysie du crédit.

Les jurisconsultes qui ont commenté l'édit sur l'action exercitoire, ont perfectionné davantage l'instrument prévu par le prêteur; dans cette voie, ils ont été naturellement amenés à soustraire le recours des tiers à l'arbitraire de l'armateur, par une interprétation très compréhensive de la préposition. Au contraire, le droit moderne poursuivant la protection² de l'armateur affaiblit le lien de préposition jusqu'à son total anéantissement.

17. — Si les relations entre le préposé et le commettant

¹) C'est ainsi qu'on a proposé une réforme du droit maritime tout entier en retirant au capitaine la qualité de mandataire de l'armateur pour la réduire à celle de simple locataire de service. J. S. PROCOS, *Les capitaines et leur mandat légal* dans le Commerce Maritime, Paris, 1926.

²) Pourtant l'idée de protéger l'armement n'a pas été absente à Rome; elle fut réalisée par un système qui rappelle nos subventions modernes. L'octroi du droit de cité accordé aux Latins qui construisaient un navire de 10 mesures et emportaient du blé pendant six ans. BARRERE, *Des Obligations de l'Armateur et du Capitaine en Droit Romain*, Thèse Bordeaux 1896, p. 10.

sont reléguées au deuxième plan, quand il s'agit de fonder la responsabilité de ce dernier, elles redeviennent d'un intérêt primordial lorsqu'on veut déterminer l'étendue et les modalités de la préposition. Car les tiers n'ont le plus souvent d'autres moyens de connaître la volonté de l'armateur que par les agissements de son préposé, toutes précautions prises pour les renseigner exactement échouant devant les manœuvres dolosives du capitaine. Dans ce cas, deux intérêts s'opposent: d'une part l'armateur qui a donné un ordre précis à son employé et qui par conséquent, ne peut être considéré comme ayant voulu l'acte abusif du capitaine et d'autre part, le tiers qui a été empêché de connaître la véritable volonté. Lequel sacrifier, ou comment les concilier? Ayant en vue d'abord l'organisation du crédit, les Romains ont préféré le tiers. Ils ont considéré que l'*exercitor* en armant un navire et en préposant quelqu'un à sa conduite a implicitement montré la volonté d'exécuter tous les engagements qui rentrent dans la mission habituelle du *magister navis*¹.

3. — *Les pouvoirs du Capitaine et leur répercussion sur la responsabilité de l'Armateur*

18. — En parcourant le titre du Digeste consacré à l'action exercitoire (livre XIV, titre I, *De exercitoria actione*), on est frappé par la coexistence des dispositions où les attributions du *magister navis* sont strictement limitées, avec celles où ces mêmes attributions ne trouvent de limite que dans leur défaut de connexité avec la gestion normale d'un navire.

19. — Si nous essayons de systématiser la première série de dispositions, nous arrivons à établir une liste de missions les plus variées.

a) Le capitaine s'occupe uniquement du louage du navire; il passe à cet effet, les conventions de passage ou celles d'affrête-

¹) On ne saurait trouver aucune affinité juridique entre l'abandon noxal et l'abandon du navire (art. 216. C. Com.). V. cependant GERMAIN SPEE, *Com. Marit.* Int. bull. n° 3 p. 37. BERLINGERI, *Armature*, *Encyclop. Jur. Ital.* I, p. 33.

ment, mais il lui est défendu d'en toucher le prix si un autre a été préposé pour remplir cette opération¹.

b) Ses attributions peuvent se limiter aussi à la perception du prix du passage ou du transport, l'armateur s'étant réservé le droit de louer lui-même le navire².

c) Même le droit d'affrêter le navire est susceptible de restrictions: si le capitaine ne doit s'occuper que du transport de marchandises, il lui est interdit de se charger du passage de personnes et réciproquement³.

d) Quelquefois, l'armateur fixe même d'avance la nature du chargement en tenant compte du poids des marchandises ou de la destination du navire⁴.

e) Un pouvoir plus grand est reconnu au préposé quand il a le droit de faire les achats nécessaires pour assurer la navigabilité du navire⁵.

f) Enfin, le capitaine peut être chargé de spéculer sur les marchandises transportées⁶.

20. — Cette décomposition de la gestion du navire en plusieurs groupes, que l'on s'attend au premier abord à trouver concentrée dans une seule main, correspond à la pratique qui consiste à employer comme *magister*, plusieurs personnes entre lesquelles l'armateur répartit cette mission. Dans ce cas, chacun est tenu d'agir conformément au mandat qui lui a été conféré.

21. — Au contraire, lorsque les fonctions ne sont pas distribuées à l'avance et à défaut d'une condition spéciale de contracter ensemble, tous ces préposés sont aptes à gérer les affaires du navire sans distinction aucune⁷. Nous arrivons ainsi à une deuxième série de textes desquels se dégage une tendance toute opposée.

¹) Dig., XIV, 1, de exercitoria actione, fr. 1, pr. 3.

²) Dig., eod. fr. 1, pr. 12.

³) et ⁴) Dig., eod.

⁵) Dig., eod. fr. 1, pr. 3.

⁶) L'absence d'un frêt de retour et l'irrégularité du trafic obligeaient souvent les transporteurs à charger des marchandises pour leur propre compte afin d'éviter un voyage sur lest. HUVELIN, *Negotiator*, D. S., p. 41.

⁷) Dig., eod. fr. 1, pr. 13 et 14. Cette condition de contracter ensemble paraît, au témoignage d'Ulpien, assez usitée dans l'antiquité; elle était davantage susceptible d'être observée par les tiers, car la présence de plusieurs capitaines sur le navire devait les mettre en garde quant aux pouvoirs conférés.

Les pouvoirs du préposé ne sont plus cantonnés dans les limites d'un ordre précis, et la responsabilité de l'armateur puise sa substance dans un principe plus large. La volonté du chef de famille une fois extériorisée, dans son activité de transporteur, se développe avec une force propre servant de fondement à tous les actes du préposé à la tête du navire. Et lorsqu'elle n'a plus cette vertu, on force un peu l'interprétation quand on ne fait pas appel à un intérêt supérieur¹ ou à une faveur particulière.

22. — On n'exige aucune forme pour la manifestation de volonté du commettant et cela justement parce qu'on ne s'adresse pas avec des formules consacrées aux personnes qu'on a sous sa puissance; le simple fait de confier la direction d'un navire, exprime suffisamment la volonté de l'armateur d'exercer le commerce maritime, donc d'en accepter les charges, de faire face aux obligations contractées par le capitaine². La volonté du commettant peut donc résulter de cette seule circonstance que l'esclave ou le fils dirige le navire pour le compte du maître ou du père.

23. — Mais les jurisconsultes romains sont allés bien plus loin. Ils ont envisagé le cas où le capitaine, préposé par l'armateur pour gérer le navire, met un autre à sa place à l'insu du maître et quelquefois, malgré sa défense catégorique. L'armateur sera quand même obligé par les actes d'un pareil « intrus »; Ulpien trouve cette solution équitable parce que « l'armateur doit garantir tout ce que fait son capitaine³ » et surtout par ce que le développement du crédit et la sollicitude qu'on doit avoir pour les voyageurs par mer en exigent une protection efficace.

24. — Par ce procédé, on a été facilement amené à donner un cadre normal à la préposition maritime, en considérant le capitaine investi d'attributions toujours identiques et conformes aux exigences les plus fréquentes de la navigation.

Nous reconnaissons la figure d'un pareil capitaine de navire

¹) *Utilitas navigantium*. Dig., eod. fr. 1, pr. 5.

²) Dig., eod. fr. 1, pr. 2.

³) Dig., eod. (trad. HULOT et BERTHELOT, vol. II).

dans le commentaire d'Ulpien: il conclut le contrat d'affrètement, il procure les choses nécessaires à la navigation par achats ou autres conventions¹ en usage, il prend des engagements pour radoubler le navire, enfin, il paye les salaires des marins.

25. — A côté de la fonction de *magister navis* limitée à la conclusion d'un seul genre d'opération, il existe donc une préposition maritime entendue comme un pouvoir général de gestion. Le droit romain est arrivé ainsi à concevoir un type abstrait de capitaine de navire, celui « *qui totius navis cura mandata est* », auquel on doit se rapporter toutes les fois qu'il s'agit d'apprécier l'étendue de l'obligation de l'armateur, à défaut d'une précaution suffisante pour renseigner les tiers sur les limites des pouvoirs conférés².

Cette conception n'a pu naître que dans un cadre aussi compréhensif que celui de la *potestas*, source abondante de capacité juridique des personnes en puissance.

26. — D'autre part la formule de l'édit de l'action exercitoire était favorable à une pareille interprétation. Conçue en termes très généraux, elle a permis aux jurisconsultes de forcer le cadre de la mission confiée au *magister navis* et de rendre ainsi l'armateur responsable pour toute la gestion du navire. Le prêteur avait délimité la préposition par « tout ce qui aura été passé avec le capitaine en raison de la chose à laquelle il a été préposé³ ». Gaius dans ses Instituts va plus loin; il considère comme rentrant dans la préposition tous les actes juridiques passés par le capitaine dans l'intérêt de la chose à laquelle il a été préposé. A travers cet intérêt, la préposition se place plutôt en dehors de la volonté du commettant. C'est ainsi que des éléments nouveaux entrent

¹) Même par emprunt; et l'armateur sera tenu, bien que l'argent a été détourné de sa destination, pourvu que le capitaine ait déclaré au tiers un emploi régulier. Dig., eod. fr. 1, pr. 8, 9 et 10.

²) L'armateur est obligé de faire connaître au public, non seulement à qui il a confié l'administration du navire, mais en même temps les ordres particuliers donnés dans le cas où il ne veut pas que le préposé puisse exercer toutes les attributions qui rentrent normalement dans son pouvoir. Cf. FR. GLÜCK, Commentario alle Pandette, trad. BONFANTE, Milano 1907, liv. XIV, XV, par. 880, p. 14.

³) HUVELIN, Etude d'Histoire précitée, p. 164.

en jeu : d'abord l'existence d'une connexité entre les actes accomplis par le préposé et l'administration normale du navire, ensuite, la bonne foi des tiers, les soins qu'ils ont pris pour connaître les pouvoirs réels confiés au capitaine¹, les usages de la place².

27. — La préposition ainsi entendue, tend à englober tous les actes du capitaine, même ceux par lesquels il a gravement abusé de la confiance de son maître ou de la bonne foi des tiers. Car il peut tromper les personnes disposées à lui prêter de l'argent en leur indiquant des objets d'un prix bien plus élevé que celui des appareils dont il a besoin³ ou bien en détournant toute la somme obtenue pour radoubler le navire⁴. Les tiers pourront malgré le dol commis par le *magister*, obtenir par l'action exercitoire la restitution de la somme prêtée. La règle se trouve davantage confirmée dans les textes relatifs au commerce terrestre où des délits plus caractéristiques comme le vol et l'injure commis par l'*institor* à l'occasion de son commerce sont également sanctionnés dans le cadre de la préposition⁵.

28. — De cette façon la préposition maritime se rapproche singulièrement des attributions légales du capitaine de navire moderne. Sa configuration s'explique en grande partie par son origine familiale, la *potestas* fonctionnant par la suite comme un milieu de culture favorable que la jurisprudence employa pour concilier les réformes hardies avec le respect de la tradition.

4. — *Influence des éléments spécifiques de la navigation sur la configuration des pouvoirs du capitaine*

29. — Tout en nous maintenant dans ce cadre spécial de l'action exercitoire et du milieu familial, examinons quelle a été l'in-

¹) AFRICANUS, liv. VIII quaest., Dig., eod. fr. 6, pr.

²) Dig., eod. fr. 7, pr. 2. Voy. HUVELIN, Op. cit., p. 82.

³) Dig., eod. fr. 1, pr. 10.

⁴) Dig., eod. fr. 1, pr. 9.

⁵) Et cela bien que la victime ait contre le commettant un recours assuré par les actions pénales de vol et d'injure. Dig. XIV, 3, De instit. act., fr. 5, pr. 8; Cf. GLÜCK, loc. cit. — EM. COSTA, Le Azioni Exercitoria et Institoria nel diritto romano, Parma 1891, p. 69.

fluence des éléments spécifiques à la navigation sur la configuration du mandat du capitaine.

Nous avons dit que pour déterminer l'étendue de la responsabilité de l'armateur, il ne faut pas se rapporter uniquement aux limites fixées par lui à la préposition, mais que, au contraire, il faut rechercher dans les circonstances de fait, un élément susceptible d'élargir sensiblement l'étendue de la responsabilité primitivement assumée.

30. — Les exemples qui suivent seront pleinement édifiants.

Lorsqu'il s'agit d'obliger l'armateur pour les sommes prêtées au capitaine afin de radoubler le navire, la preuve qu'au moment du prêt, le navire avait réellement besoin de réparations, devient essentielle¹. Quand le capitaine a emprunté de l'argent pour remplacer les voiles, on exige que le prêt ne soit pas fait dans un endroit où on ne saurait concevoir un pareil achat, comme par exemple dans une île dépourvue de tout commerce². De même ceux qui veulent transporter des marchandises doivent tenir compte des caractéristiques du bâtiment et ne pas charger des matières trop lourdes pour un navire agencé à recevoir des choses de peu de poids³.

31. — Dans l'ensemble des éléments de fait que nous venons de citer, le navire se révèle sans doute comme le plus marquant, celui qui réalise par lui-même une sorte de publicité des pouvoirs conférés au *magister navis*, et qui renseigne ainsi les tiers sur les mesures à prendre afin de leur assurer un recours efficace.

La valeur élevée de ce moyen de transport est une preuve de la confiance accordée à son conducteur. D'autre part, le navire jouit d'une organisation interne qui se rapproche beaucoup de celle de la maison romaine. A son bord doit une société comman-

¹) Dig., XIV, 1, De exercit. act. fr. 7, pr.

²) Dig., eod. fr. 7 pr. 1.

³) La construction navale est arrivée à un perfectionnement qui permettait d'avoir des navires spécialisés d'après la nature des marchandises à transporter. V. Dig., eod., fr. 1, par. 12.—Voy. GANDOLFO, *La nave nel diritto romano*. Genova 1883.

dée par un chef se distinguant nettement des autres membres de l'équipage¹; la fonction de *magister navis* apparaît ainsi comme celle d'un organe spécialisé pour assurer l'unité de direction du navire.

32. — Mais le parallélisme entre l'économie domestique ne s'arrête pas à l'unité juridique de l'expédition vis-à-vis des tiers; il est commandé aussi par un rapprochement des conditions économiques. Tout comme la maison romaine qui assure la production avec ses propres forces, le navire se meut avec ses propres moyens savoir l'énergie nécessaire au déplacement, — le vent, — capté par des appareils concentrés dans le bâtiment même. Quant à la voie suivie par les navires, — la mer, — elle est ouverte à tout le monde et n'exige aucun entretien. Le navire donc, à la différence des autres moyens de transport, réunit en lui toutes les conditions techniques pour assurer une très grande mobilité et partant, un très grand rayon d'action².

Le directeur de cette usine mouvante devait obtenir des pouvoirs d'autant plus étendus que les moyens de communications rapides étaient pratiquement inexistants. La nécessité a exercé ici une pression violente sur l'organisation juridique de l'entreprise maritime, la fonction de capitaine de navire étant modelée plutôt d'après les exigences de la navigation, que suivant la volonté capricieuse de l'armateur.

33. — A côté des facteurs spécifiques au monde romain comme la *potestas*, il faut, pour suivre l'évolution de la préposition maritime, tenir compte également de l'influence de cet autre élément déterminant qu'est le navire. Par ses qualités exceptionnelles, le navire a détaché la préposition de son milieu familial pour la généraliser et lui donner en même temps un statut juridique objectif.

¹) C'est lui seul qui peut obliger l'armateur par des actes juridiques, Dig., eod. fr. 1, pr. 2.

²) Au surplus, si on envisage le transport du point de vue économique, le véhicule flottant représente par rapport aux autres facteurs qui rentrent dans la formation du prix de revient (voie, force motrice) l'élément capital. Voy. en ce sens L'Etude précitée de VALERI, p. 472 et suiv.

5. — *Analyse juridique du lien rattachant le capitaine à l'armateur*

A. — Chez les classiques.

34. — Les armateurs ne pouvaient pas recourir uniquement à leurs propres esclaves¹ pour assurer la conduite des navires, surtout au moment où nous nous plaçons, c'est-à-dire vers la fin du VII^e siècle, époque à laquelle apparût l'action exercitoire. Bien plus, la formule primitive de l'édit ne faisait aucune distinction entre les personnes appartenant à la famille et les étrangers libres ou assujettis; elle visait le capitaine en tant qu'agent de l'entreprise maritime, la personnalité de celui-ci s'absorbant dans le rôle d'organe du navire, sa volonté n'étant que le prolongement d'une autre volonté, il est vrai très éloignée, mais qui animait effectivement l'expédition. Il a été d'autant plus facile au droit nouveau de resserrer le lien entre ces deux volontés que l'activité du capitaine s'absorbait davantage dans l'exploitation du navire.

35. — Dans une entreprise de transport le capitaine n'est donc qu'un appareil spécialisé à défaut duquel le navire ne peut pas être utilisé, de même que sans gouvernail il est impossible de suivre une direction donnée. Or, on ne connaît pas d'armateur qui ait prétendu n'être pas responsable de l'accident dû à la mauvaise qualité des cordes ou des voiles sous prétexte qu'il les a louées au lieu de les acheter ou de les recevoir en don. Par contre, depuis longtemps, les commettants tentent d'alléger leur responsabilité par cette digression puisée dans la nature du contrat au moyen duquel ils se sont procuré les instruments vivants. Les jurisconsultes classiques ont entendu utiliser tout autrement l'analyse du lien juridique existant entre les différentes personnes qui mettent en mouvement une expédition maritime; ils voulaient en dévoiler le véritable animateur, celui qui profite en définitive du résultat de l'expédition, et en fixer aussi les charges.

¹) Il semble même que l'antiquité laissa une place assez importante au travail libre, conf. SALVIOLI, *Op. cit.*, p. 131 et 144.

Si l'armateur est sous la puissance d'un autre, l'action des tiers s'arrêtera devant le droit de ce maître, et le but poursuivi par le prêteur ne sera pas atteint. Pour éviter cet obstacle massif, les jurisconsultes de cette époque ont insisté sur les relations avec l'armateur, *exercitor*, en consacrant aux personnes en puissance des développements spéciaux afin de rendre efficace la sanction prétorienne dans tous les cas¹. C'est ainsi que les tiers pourront remonter jusqu'à la personne en la puissance de laquelle se trouve l'armateur² ou le propriétaire du pécule duquel dépend l'armateur³ pourvu toutefois que cette personne ait consenti à l'exercice d'un tel métier⁴.

36. — Par cette analyse du lien rattachant le capitaine à l'armateur, les jurisconsultes classiques visaient surtout la personne de ce dernier. Tout a été mis en œuvre pour donner aux créanciers un débiteur solvable. Seulement, les concessions qu'ils ont dû faire au passé, l'effort constant pour éliminer sans trop de heurt, les obstacles élevés par l'imperfection d'un droit trop formaliste, en un mot, les besoins de mise en œuvre de la nouvelle responsabilité, ont fait que le capitaine ne quitte pas complètement la scène juridique, et qu'il y reste plutôt comme un témoin vivant de l'ancien état de droit.

B. — Chez les compilateurs.

37. — La situation change avec les compilateurs, qui, préoccupés surtout par leur travail de coordination législative, tendant à réaliser une sorte d'harmonie entre les institutions juridiques léguées par leurs prédécesseurs, introduisent dans l'analyse des rapports juridiques existant entre le commettant et le préposé, des éléments hétérogènes qui aboutissent à détruire l'unité de l'idée d'entreprise.

Sans entrer dans une étude approfondie du contrat de trans-

¹) Dig., eod., fr. 1, pr. 19.

²) Dig., eod., fr. 1, pr. 20.

³) Dig., eod., fr. 1, pr. 22.

⁴) Dig., eod., fr. 1, pr. 20.

port que nous ferons lorsque nous aurons précisé l'apport du droit nouveau, nous allons voir comment est apparue la notion de faute.

38. — Le transporteur s'obligeait vis-à-vis du chargeur à rendre sa marchandise saine et sauve. Cette obligation, contractée d'abord par une stipulation et ensuite par un simple pacte, mettait à la charge de l'entrepreneur tout le risque de l'opération. Le transporteur qui avait fait une telle promesse était tenu en son nom propre de tous dommages arrivés à la marchandise, qu'ils fussent l'œuvre d'un esclave dépendant de sa maison, d'un marin libre ou loué par son maître.

39. — Mais en même temps le transporteur pouvait être poursuivi par une action délictuelle de vol¹ ou de dommage, lorsque les marchandises avaient été volées ou endommagées à bord du navire, par un des marins au service de l'armateur. Dans ce cas, conformément aux règles de la responsabilité délictuelle pour autrui en droit romain, l'armateur avait la faculté de se libérer par l'abandon noxal, lorsque le vol ou le dommage était commis par un de ses esclaves personnels. Mais les textes traitant de ces deux séries d'actions, ont été gravement remaniés² par les compilateurs en créant ainsi une confusion entre la responsabilité directe du *receptum* et la responsabilité indirecte de vol ou de dommage³.

Car l'armateur répondait pour la restitution des marchandises en son nom propre quelle que fut la cause du dommage, qu'elle soit venue de son fait personnel ou du fait d'autrui, et cela même à une époque où il ne rentrait plus directement en rapport avec les chargeurs⁴. En effet, comme on le verra plus loin, pour répondre aux transformations subies dans l'exploitation commerciale, la responsabilité du *receptum* sera transplantée sur la tête de l'exercitor par l'interprétation large que les jurisconsultes ont

¹) Voy. infra, n° 68, s.

²) HUVELIN, op. cit., p. 123, 124.

³) ULPPIEN, lib. 38 ad ed., Dig., XLVII, 5 fr. 1 pr. 4, 5 et 6.

ULPIEN, lib. XVIII ad ed., Dig., IV, 9 fr. 7 pr. 4.

⁴) Voy. infra, n° 56.

fait du mot *nauta* désignant primitivement le capitaine. Ainsi, le principe de la responsabilité directe a été conservé tout entier. Mais dans sa matérialité, la prise en charge de la marchandise n'était plus l'œuvre directe de l'armateur, elle s'exerçait seulement pour son compte, par une personne préposée à cet effet¹.

Cette transformation a singulièrement rapproché les deux responsabilités, délictuelle et contractuelle, sinon dans leur principe, du moins dans les conditions matérielles de leur réalisation. L'assimilation des compilateurs paraît ainsi moins capricieuse; elle est le résultat de ce point commun: responsabilité qu'au premier abord engendre l'activité des préposés.

40. — Ce nivellement n'effaçait pas entièrement les traces de l'origine contractuelle de la responsabilité du transporteur; il les atténua cependant à un tel point que, les compilateurs imprégnèrent cette responsabilité de l'automatisme et des particularités de la sanction délictuelle.

Et alors, une différence sensible apparut entre la responsabilité pour les préposés loués et la responsabilité pour les préposés placés sous la puissance directe du transporteur. En se plaçant uniquement sur le terrain délictuel, cette différence avait derrière elle toute l'évolution de l'organisation familiale à Rome, évolution qui ne pouvait échapper aux compilateurs. Par contre, en faisant appel à la force du contrat, cette différence avait besoin d'une explication dans le goût du jour; c'est ainsi qu'apparut dans le transport la notion de *culpa in eligendo*, faute de choix, qui devait trouver une si ample application dans le droit maritime moderne.

La responsabilité rigoureuse pour les personnes libres ou pour les esclaves d'autrui s'explique dorénavant par le fait que l'armateur avait la liberté de choisir ses employés, tandis que les esclaves personnels lui sont imposés comme une « plaie de la domesticité ».

Pour les mêmes raisons, il ne répondra pas non plus des fautes

¹) Capitaine ou autre préposé spécialement désigné. Dig., cod. fr. 1, pr. 3.

commises par les passagers, ceux-ci étant considérés comme imposés à l'armateur par son métier même¹.

L'introduction de cette notion de faute, résultat d'un travail occulte accompli par les compilateurs, fait décliner l'idée d'entreprise et permet à l'armateur de dégager une partie de sa responsabilité en invoquant la nature du lien le rattachant à son préposé.

C. — Parallèle avec le droit moderne.

41. — Si les jurisconsultes de l'époque classique ont insisté sur ces rapports, nous avons dit qu'ils les ont envisagés surtout au point de vue de la dépendance familiale, laissant ainsi peu éclairée la situation des personnes libres. Cependant une étiquette juridique a été réservée aux relations entre l'armateur et le *magister navis*, personne libre ou appartenant à un autre maître. Bien que les sources se bornent à peu près à cette seule indication, nous allons essayer de rapprocher ces rapports de nos conceptions modernes².

L'armateur pouvait employer à la direction du navire un esclave qui était mis à sa disposition par le propriétaire contre un certain loyer, ou simplement à titre amical. De même, une personne libre pouvait louer ses services à un armateur, comme elle pouvait s'engager à conduire un navire sans aucun salaire. Le contrat qui intervenait à cette occasion était respectivement un louage de service et un mandat, selon qu'une stipulation de salaire avait eu lieu ou non³.

Cependant, cette distinction est sans aucune importance quant à l'étendue des pouvoirs conférés au capitaine. Ces pouvoirs s'établissent par la *lex praepositionis*, c'est-à-dire par un acte destiné à faire connaître la volonté de l'armateur aux tiers; le contrat intervenu entre le capitaine et l'armateur reste cantonné dans

¹) Dig., XLVII, 5 fr. 1, pr. 6.

²) Le peu de renseignements que nous possédons sur les préposés loués s'explique encore par les conditions spéciales faites au travail dans le monde antique.

³) Dig., XIV, 1 fr. 1, par. 18. Dans un autre endroit (Dig., IV, 9, fr. 6, pr. 4) l'exercitor a contre ses préposés une action *ex conducto*. Enfin l'exercitor pourra, une fois poursuivi pour les actes de ses préposés par l'action prétorienne de vol ou de dommage, se retourner contre ceux-ci en se faisant céder les actions.

le cercle des deux co-contractants conformément aux règles du droit civil.

42. — Par cette persistance de l'ancien droit l'armateur s'est vu refuser l'action directe pour faire valoir les créances acquises par le capitaine contre les tiers. C'est seulement en cas d'insolvabilité de son préposé qu'on lui accorde une action utile¹, autrement, il était tenu d'obliger le capitaine ou le maître de celui-ci, de lui céder les créances.

A cet égard, les relations entre le capitaine et l'armateur sont soumises au même statut juridique que le prête-nom en droit moderne. Il y a néanmoins une différence fondamentale: c'est qu'aujourd'hui l'effet du mandat sans représentation est voulu et se justifie par l'utilité même de l'opération, tandis que pour les Romains cet effet est une conséquence normale des principes légaux et de la persistance du droit élaboré pour les besoins d'une société primitive.

43. — Si l'on ne peut utiliser ni la gratuité ni la représentation pour déterminer la nature de ces relations par rapport à nos conceptions, il n'en est pas de même de l'antithèse établie dans les sources classiques entre la fonction du capitaine et celle des gens de mer. Cette antithèse nous conduit directement aux dernières conclusions de la doctrine et de la jurisprudence françaises sur le mandat civil. La doctrine surtout considère que le mandat ordinaire, celui auquel on se réfère toutes les fois qu'on évoque l'idée de représentation, se caractérise par son objet qui est la conclusion des actes juridiques².

Après avoir défini ce que l'on doit entendre par le *magister navis* (celui auquel on a confié toute la gestion du navire), Ulpien se demande dans son commentaire sur l'édit par quoi il se distingue des autres membres de l'équipage, quel est l'objet propre de sa mission; et la réponse qu'il donne s'appuie justement sur le

¹) Dig., XIV, 3. De Instit. actione, fr. 2, pr. (Extraordinem) Dig., XIV, 1, fr. 1, pr. 18. Voy. CUQ, Les Institutions juridiques des Romains, Paris 1891, vol. 2, p. 342.

²) JOSSERAND, Cours de Droit Civil, 2^e éd., vol. 2, n^o 1400.

criterium auquel se sont arrêtés les modernes : la conclusion des actes juridiques¹.

Sur le terrain délictuel, on répond indistinctement des mate-lots ou capitaines, mais on ne peut se prévaloir d'une convention passée avec n'importe quel homme de l'équipage et rendre responsable l'armateur. L'Edit est intervenu justement pour régler cette question pour unir aussi sur le terrain contractuel l'acte d'un préposé qualifié à la responsabilité du commettant.

44. — Ce n'est pas tout. D'autres éléments nous permettent un rapprochement plus saisissant encore entre la mission du *magister navis* et le mandat moderne. Parmi ces éléments la capacité requise dans la personne du préposé est particulièrement significative, car le fragment d'Ulpien² annonce en cette matière les directives qui seront suivies jusqu'à nos jours. La capacité du mandataire n'a aucune influence sur la validité des actes conclus par lui, car il ne fait pas autre chose que de transporter partout où se trouve le navire la volonté génératrice d'obligation du maître³.

45. — Caractérisé ainsi par la capacité requise et par l'objet des attributions conférées, le *magister navis* apparaît comme un véritable mandataire de l'*exercitor*. Seulement, si les jurisconsultes ont retenu surtout cet aspect comme le plus nouveau et le plus fécond, ils n'ont pas entendu éliminer les autres et faire ainsi du capitaine exclusivement un mandataire chargé de la gestion commerciale du navire.

D'après la définition d'Ulpien, le *magister navis* est un administrateur général, celui auquel l'armateur confie d'habitude tous les soins du navire sans distinction entre la gestion commerciale et la direction technique. Il est vrai qu'une certaine division des

¹) Dig., XIV, 1, fr. 1, pr. 2.

²) Dig., eod., fr. 1, pr. 4.

³) A l'origine de cette manière de voir se trouve la formation de la représentation en droit romain. La personne en puissance qui conclut un acte juridique pour le maître est sensée ne former qu'une seule personne avec celui-ci; c'est ainsi que la capacité juridique s'appréciera dans sa personne, et non dans celle du préposé.

attributions commerciales se trouve dans quelque texte¹, mais nous croyons que cela est dû uniquement à la méthode suivie par les jurisconsultes pour obvier à l'imperfection du droit civil hostile à l'idée de représentation passive et pour compléter ainsi le statut juridique d'une activité qui dans la pratique se présentait comme un tout homogène.

46. — Cependant, on a essayé de réduire le rôle du *magister navis* à celui d'un simple pilote, et de ranger ainsi les relations existant entre lui et son armateur exclusivement parmi les locations de service. A cet effet, on a fait remarquer que dans les textes gréco-romains, l'exploitation du navire apparaît habituellement confiée à deux personnes différentes: le *gubernator*, technicien de la navigation, préposé uniquement à la direction du navire, et le *fideus*, véritable agent commercial chargé de représenter l'armateur dans les actes destinés à pourvoir aux besoins de la navigation. Or, si cette pratique se concilie très bien avec l'existence à la tête du navire d'une seule personne, — le *magister navis*, — exerçant à la fois les deux mandats nautique et commercial, lorsque cette personne est en même temps l'armateur ou le propriétaire du bâtiment, cette même pratique s'oppose à considérer le *magister navis* investi de plein droit de ces deux mandats, lorsque c'est une personne distincte de l'armateur. Dans ce dernier cas, les capitaines tiennent ces attributions commerciales d'une source toute différente de la simple préposition à la conduite du navire, à savoir d'une convention préalable de commande ou de société. Les rédacteurs des codes modernes se sont donc gravement trompés quand ils ont établi un lien de filiation historique entre le *magister navis* engagé par des contrats multiples et le capitaine d'aujourd'hui, simple directeur de la navigation, correspondant exactement à l'ancien *gubernator* dépourvu de tout pouvoir de représentation².

¹) Et notamment les pr. 3, 12 et 13 fr. 1, Dig. XIV, 1.

²) PROCOS, op. cit., p. 13 et s.

Bien que la question paraîsse se rattacher à l'étude du droit byzantin, nous croyons qu'elle doit être abordée à cette place même, parce que, d'une part, on a voulu surtout détruire l'autorité du droit romain, et d'autre part, les compilations byzantines ne touchent pas à la structure intime des institutions romaines¹.

47. — Nous ne contestons pas que les armateurs se soient souvent associé le dirigeant du navire afin de stimuler sa fidélité. Mais le mouvement jurisprudentiel de l'époque classique ne laisse entrevoir aucune trace d'une pareille association. Et si on veut entendre par là la concession du pécule accordé aux personnes en puissance, l'allusion est assez mal choisie, car, comme nous l'avons vu, les rapports de puissance ont été employés par les jurisconsultes plutôt pour élargir la responsabilité des commettants que pour la limiter.

Il est vrai que les pouvoirs du capitaine ont été définis à une époque où l'intérêt direct sinon exclusif de celui-ci dans l'entreprise, ne lui imposait aucune entrave dans l'exercice de son commerce. Mais cela ne prouve qu'une chose, la façon complète selon laquelle le législateur a pourvu aux besoins du commerce, en dispensant les tiers de faire des investigations sur l'étendue des pouvoirs conférés.

D'ailleurs, non seulement les jurisconsultes ne font nulle part mention de ces contrats accessoires pour fonder les solutions proposées à partir du VIII^e siècle, mais encore ils négligent presque entièrement les rapports rattachant le capitaine à l'armateur.

Il est à remarquer aussi que partout où les textes classiques mentionnent une distribution des rôles dans la gestion d'un navire, cela a toujours lieu à l'intérieur des mêmes attributions commerciales et jamais entre celles-ci d'une part et la manœuvre du navire d'autre part².

Au surplus, le pilote n'a jamais été considéré comme investi par sa fonction même d'un pouvoir de représenter l'armateur;

¹) Voy. *infra* n° 82.

²) Voy. les textes cités précédemment.

son rôle se réduisait à celui d'un simple conseiller technique. Et lorsque l'armateur confie la gestion du navire à un pilote¹ cette qualité s'efface complètement devant la fonction de *magister navis*, la personnalité de celui-ci absorbant tout l'intérêt juridique de la navigation.

Mais nous croyons même que le plus souvent le capitaine devait être un connaisseur de la mer². En dehors du texte mentionné plus haut, dans lequel on rappelle la pratique de confier la gestion générale du navire aux gens qui sont en même temps spécialistes de la navigation, il y a d'autres témoignages qui viennent appuyer notre opinion. Si le Digeste oblige le capitaine à avoir un pilote à bord seulement pour franchir les endroits réputés difficiles, comme les entrées des fleuves, c'est justement parce que le capitaine devait se charger habituellement de la direction nautique du navire³.

Enfin, d'après une Constitution de 380 c'est aussi au *magister navis* qu'incombe le devoir de consulter les chefs de l'équipage pour tout ce qui concerne la navigation ; c'est donc lui qui était sensé être préposé à la direction technique du navire⁴.

Il y a aussi une autre raison pour repousser l'hypothèse proposée ; c'est que tous les contrats étudiés par les jurisconsultes comme rentrant dans les limites normales des pouvoirs conférés au capitaine sont étrangers à toute opération commerciale qui n'est pas directement liée au bon fonctionnement du navire⁵. Il est donc très naturel que ces contrats ainsi spécialisés, ces véritables instruments juridiques de navigation, soient mis à la disposition de celui qui était le plus à même de s'en servir.

En outre, nous croyons que cette position de *magister navis* nettement distincte de celle d'armateur et de chargeur qu'on cons-

¹) Dig., IV, 9, fr. 1, pr. 2.

²) Digesta Italiana, Abandono di nave n° 6.

³) Dig., XIX, 2, Locati, cond., fr. 13, pr. 1. On verra plus loin que les Basiliques l'obligent d'avoir un pilote pendant tout le voyage, sans doute parce que le capitaine n'était plus à même d'assurer la direction nautique du navire.

⁴) Cod. IX, 6 (5), 3, 1.

⁵) A l'exception d'un seul texte qui fait allusion à un mandat d'acheter ou de vendre des marchandises pour le compte de l'armateur. Dig., XIV, 1, fr. 1, pr. 3.

tate à l'époque classique, n'aurait pas pu exister si le capitaine n'avait concentré en lui la direction technique et juridique du navire et cela en vertu d'un acte unique. Les attributions si complexes du capitaine sont donc une délégation globale et en quelque sorte nécessaire : elles sont d'ailleurs l'expression de l'unité de l'expédition vis-à-vis des tiers.

Bien plus, cette délégation est présumée par une faveur spéciale au commerce maritime, venir toujours d'une seule volonté, ce qui entraîne cette conséquence que les différents armateurs d'un même navire sont tenus solidairement pour les actes du capitaine, sans tenir compte de leur part respective, « afin qu'on ne soit pas obligé d'avoir à faire à plusieurs lorsqu'on a contracté avec un seul »¹.

48. — En résumé, le droit classique rattache les relations entre le capitaine et l'armateur à une source unique, la *lex praepositionis*. Les pouvoirs du *magister navis* arrivent à embrasser toute l'activité nécessaire au fonctionnement du navire, à la suite d'un effort jurisprudentiel pour interpréter la volonté de l'armateur, conformément aux besoins de la navigation et nullement en vertu des conventions secondaires greffées sur le prétendu mandat nautique. La distinction qui a trouvé tant de faveur chez les modernes a été le résultat d'un mouvement tout opposé à celui qui a animé la vie juridique romaine, la limitation de la responsabilité².

6. — *Contradiction entre le principe de la responsabilité et sa réalisation technique.*

49. — A côté du droit prétorien qui assurait à ceux qui entraient en rapport avec le *magister navis*, un recours contre l'armateur, le droit civil continuait de régir l'activité directe du préposé.

¹) GAIUS, liv. 9 ad edictum prov., Dig., XIV, 1, fr. 2 pr.; Dig., eod. fr. 1, pr. 25. (trad. HULOT et BERTHELOT, vol. II).

²) Il serait bien étrange que l'institution qui a abouti à la représentation dans le droit soit dépourvue de tout esprit de représentation.

Le prêteur a toujours procédé de la sorte ; il faisait produire à un acte des effets nouveaux conformément aux exigences économiques et sociales, tout en laissant l'ancien droit continuer sa vie plus ou moins dépourvue de substance. Le droit nouveau respectueux du principe qu'on ne peut être tenu que pour les contrats auxquels on a pris directement part, considéra le commettant comme s'il était en quelque sorte toujours directement lié, mais pour une activité bien plus vaste qui dans sa matérialité se réalisait à l'aide d'auxiliaires¹.

50. — Seulement, il fallait organiser cette nouvelle responsabilité découlant de la volonté projetée à distance, vis-à-vis de tous ceux qui, en s'emparant de cette volonté dans certaines conditions, avaient fait naître des conventions reconnues par le droit honoraire. A cet effet, les jurisconsultes comme le législateur, ont nécessairement fait appel aux moyens offerts par la procédure en vigueur. Ils ont laissé à l'agent direct, au capitaine, le rôle primordial², ainsi qu'il a été décidé par l'ancien droit, et à côté de lui, ils ont appelé le commettant, comme une sorte de caution destinée à renforcer le crédit du débiteur civil.

La première conséquence de ce procédé a été, nous l'avons vu plus haut³, que le commettant s'est vu refuser l'action du contrat conclu pour son compte.

Une contradiction notoire apparaît ainsi entre le principe et sa réalisation technique. On a reconnu, d'une part, la possibilité d'étendre le rayon d'activité personnelle par la création d'instruments juridiques isolés⁴ ou placés au centre d'une entreprise maritime, et d'autre part on a concentré toutes les obligations et les créances qui en découlent autour de la seule personnalité du préposé.

¹) D'après certains romanistes, le capitaine ne pouvait être actionné qu'autant qu'il se trouvait encore dans le service du navire. HEINNECCIUS, *Eléments du Droit Civil Romain*, pr. 1212.

²) PAUL, lib. 29 ad. ed., fr. 5, pr. 1, Dig., XIV, 1 - « Hoc enim non transfertur actio sed adicitur ».

³) Supra, N° 42.

⁴) Pour une seule affaire conclue avec le jussum du père.

Au point de vue formel donc, le centre de gravité de la responsabilité en droit maritime romain reste du côté du *magister navis*. L'action dirigée contre l'armateur est l'action même du contrat ; l'*intentio* de la formule modelée d'après l'obligation du capitaine¹ mentionne uniquement son nom, tout se passe dans la première partie de la formule comme s'il ne s'agissait que d'engager la responsabilité d'une seule personne — du *magister navis* — et ce n'est que dans la deuxième partie, dans la *condemnatio*, qu'apparaît le débiteur visé par le législateur — l'*exercitor*.

51. — Si on ajoute encore que l'action exercitoire n'était accordée que pour les actes rentrant dans les limites de la préposition, on voit qu'en définitive, malgré l'effort jurisprudentiel tenté pour élargir cette dernière notion, la responsabilité du préposé s'impose non seulement comme une marche nécessaire pour s'élever à la personne du commettant, mais encore comme la seule ressource de ceux qui ne se trouvaient pas dans les conditions de recevabilité de la nouvelle action.

52. — A cela il faut ajouter le prestige qui se dégage de ce métier d'aventure et le besoin de donner au gage que représente le navire un titulaire saisissable.

Mais le motif déterminant qui a dominé le problème de la

¹) Nous ne voulons pas entrer dans le détail des difficultés techniques soulevées par la mise en œuvre de la responsabilité de l'armateur en droit romain. Cependant on mentionne celle née du fait que l'action exercitoire était fondée sur l'obligation contractée par le *magister navis* — *ex persona magistri*, (Dig. XIV, 1, fr. 1 pr. 24). Il faut remarquer qu'avec la formule de l'action exercitoire conçue « *in jus* » on n'aboutit à aucune condamnation toutes les fois que le *magister navis* était un esclave, donc un incapable de s'obliger civilement. Plusieurs systèmes ont été proposés pour écarter la difficulté. — Un premier système considère la formule conçue « *in factum* », le prêteur chargeant le juge de constater qu'un fait a été accompli par l'esclave. A l'appui de cette solution on invoque les sources qui indiquent comme base de l'action adjectice, l'opération conclue et non l'obligation du préposé. — Un deuxième système admet une formule « *in jus concepta* » mais fondée directement sur l'obligation adjectice de l'armateur. Le prêteur aurait donc fait du « *praestare oportere* » du maître la condition de sa condamnation ; c'est une solution encore plus exclusive de condamnation car ni dans le droit civil, ni dans l'Edit n'était prévue une condamnation du commettant, le prêteur surtout se bornant à promettre une action et rien de plus. D'ailleurs les textes ne mentionnent qu'un seul cas où une « *praestare oportere* » figure dans l'*intentio*, — le mandat — mais alors il s'agit d'une action civile. — Enfin, le troisième système, suggéré par Julien et adopté par la majorité des romanistes, écarte la difficulté en introduisant une fiction de liberté : « *si liber esset ex jure Quiritium* ». Voy. l'exposé de ces opinions dans HUVELIN, Etude précitée, pg. 169 et suivantes ; adde. LENEL, Essai de reconstitution de l'Edit perpétuel, trad. PELETIER, Paris, 1901, p. 303 et s.

responsabilité personnelle du capitaine en droit romain est surtout l'imperfection du droit commun, imperfection qui n'avait rien de spécial au commerce maritime, puisque le préposé à la tête d'une *taberna*, répondait aussi vis-à-vis des créanciers de l'entreprise. Cependant la prééminence de cette responsabilité n'a pas été sans influence sur l'évolution future de la responsabilité de l'armateur. Les juristes recherchant l'architecture de leur système dans les institutions juridiques des romains, se serviront souvent de cette responsabilité pour justifier des solutions bien étrangères à l'esprit de la législation romaine¹. Cette responsabilité trouvera même avec le Moyen Age un fondement économique solide, ce qui ne sera pas sans influence pour attester la sagesse des principes romains.

7. — *L'infiltration de la réforme prétorienne (action exercitoria) dans les anciennes institutions visant le transporteur.*

53. — Nous nous sommes longtemps arrêtés sur la réforme prétorienne pour deux raisons : d'abord parce qu'elle a aidé à déterminer la véritable portée de la responsabilité du capitaine, et a permis d'en tirer ainsi un grand enseignement quant à sa valeur au point de vue de la technique juridique ; et ensuite parce que l'Edit exercitoire étant vraisemblablement le plus récent n'a pas manqué de s'infiltrer insensiblement dans les anciennes institutions sanctionnant le commerce maritime et notamment le transport.

54. — Pendant toute la période qui suivit l'introduction de l'Edit sur l'action exercitoire, les jurisconsultes ont complété l'idée législative par une interprétation destinée à faire de l'entreprise de navigation maritime un organisme viable qui puisse inspirer partout la confiance indispensable pour obtenir le crédit néces-

¹) Cette dualité de responsabilité sera affirmée longtemps par les auteurs modernes qui enseignent que « les deux actions *ex conducto* et *exercitoria* subsistent. Le capitaine, aux termes de l'art. 282 C. Com., est seul chargé de signer le connaissement tant pour lui que pour l'armateur... » BUGNET, Obs. au N° 45, Œuvre de POTHIER, Traité du Contrat de louage maritime, 1847, pg. 387, note 2.

saire et pour remplir ainsi au mieux sa fonction économique.

Par cet effort systématique, les différentes parties d'une expédition maritime prennent un contour précis ; on arrive ainsi à dévisager l'armateur, comme étant celui qui reçoit le revenu de l'entreprise et qui doit par conséquent en supporter les risques¹. Et pour remédier à l'enchaînement des soumissions qui pouvaient entraver le recours des créanciers, Ulpien leur ouvre une voie directe jusqu'à celui qui avait consenti à la formation de l'entreprise².

55. — Mais là où on aperçoit davantage le sens de cette construction, et comment le but poursuivi va jusqu'à dénaturer ouvertement le contenu des notions, c'est dans les textes consacrés au transport des marchandises. Avant l'apparition d'une action aussi perfectionnée et aussi générale que l'action exercitoire qui devait ouvrir au commerce maritime un vaste champ de développement, le prêteur avait pourvu à la protection d'un groupe spécial de créanciers, peut-être le plus intéressant, en leur promettant dans son Edit une action contre le capitaine de navire, le *nauta*, en ce qui concerne la responsabilité des marchandises reçues avec promesse spéciale de les surveiller³.

Or nous lisons au fragment 1, pr. 2, (Dig., IV, 9) que par « *nautae* », le prêteur a voulu désigner non pas le capitaine, ni davantage un simple marin qu'on désigne ordinairement sous ce vocable générique, mais uniquement l'armateur, celui qui entreprend le transport et qui doit répondre des actes de ses préposés⁴. Ce luxe de précision dans l'interprétation du mot « *nautae* » apparut des plus suspects et les romanistes n'ont pas tardé à en donner la raison. Le fragment en question se place avec certitude

¹) Dig., eod. fr. 1, pr. 15.

²) Dig., eod. fr. 1, pr. 19. Instit., Liv. IV, Tit. VII, pr. 8.

³) L'antériorité de l'action receptitia (qui date du début du VII^e siècle, environ entre 605 et 678) à l'action exercitoire est affirmée par la majorité des auteurs. Cf. HUVELIN, *op. cit.*, p. 134 et 176.

⁴) « *Quavis nautae appellantur omnes qui navis navigandae causa in nave sint : sed de exercitore solummodo praetor sentit* ». — Pour la transformation de l'expression *nautae* voy. aussi GOLDSCHMIDT, *Das Receptum Nautarum, Cauponum, Stabulariorum*. Z. H. R. vol. III, 1860, p. 60, note 1.

après l'Edit sur l'action exercitoire; les jurisconsultes qui ont commenté l'action sanctionnant la promesse du capitaine de prendre les marchandises sous sa garde, ont été influencés par l'esprit dans lequel s'est réalisé la réforme la plus récente et ils ont intégré ainsi le transport des marchandises dans une même réglementation juridique¹.

La nouvelle acception du mot *nautae* s'imposait d'autant plus qu'il s'agissait d'une activité spécifique au trafic maritime. En effet, il aurait été singulier de voir tous ceux qui ont prêté au capitaine une somme d'argent, quelquefois détournée de sa destination, avoir un recours contre l'armateur, et de voir refuser ce même recours aux chargeurs et aux passagers, les plus nombreux et les plus actifs participant à l'industrie maritime et partant les plus dignes de protection.

56. — Et tout d'abord ce changement si gros de conséquence est-il uniquement le résultat de la nouvelle directive législative et ne correspond-il pas plutôt à une transformation plus profonde des conditions économiques?

En plaçant notre texte au moment indiqué plus haut, nous avons déjà anticipé sur la réponse à donner. Jusqu'à la fin de la République l'expédition maritime était organisée par des gens qui armaient le navire pour leur propre compte ou qui jouissaient d'une grande indépendance dans la gestion du navire, y ayant un grand intérêt. C'était généralement un homme ayant l'expérience de la mer et possédant un avoir suffisant pour construire un navire ou en louer un. Il y transportait sa propre marchandise comme il pouvait se charger de celle appartenant aux nombreux négociants qui trafiquaient alors avec les places abondant en objets de luxe².

¹) Cette transformation a eu lieu du temps d'ALFENUS VARUS, au début du VIII^e siècle. — Par contre d'après CARLOWA (R. Rg., vol. II, pr. 157, p. 1320) l'Edit sur le réceptum a été donné directement contre l'armateur; mais son argument de texte est repoussé sans difficulté par HUVELIN, (op. cit., p. 158), en démontrant que le texte date d'une époque où la transformation s'était déjà opérée.

²) A peu près le seul frêt de l'antiquité, cf. DE ROUSIERS, Les transports maritimes, IV, Paris, 1926, p. 9.

57. — Il faut remarquer combien il est difficile de saisir la position juridique d'un pareil capitaine armateur, et cette difficulté augmente encore lorsque le capitaine entreprenait le voyage sur l'initiative des marchands qui entendaient ainsi se réserver un certain droit d'intervention, voir un contrôle direct sur les moyens employés pour réaliser l'expédition. La situation se complique davantage lorsque les marchands s'engageaient à servir en même temps comme matelot¹.

Toujours est-il que le prêteur en accordant l'action de *receptum*, a eu en vue un genre d'exploitation où l'armateur s'occupait lui-même de la gestion du navire, traitant directement avec les affrêteurs et assumant par là une obligation à la restitution des choses transportées.

Mais cette organisation de l'entreprise maritime se transforma sous la poussée du déplacement important des richesses que la conquête et l'administration des provinces faisaient affluer vers Rome². Dans ce courant d'échange une autre personne prend l'initiative des expéditions par mer : le capitaliste, négociant puissant, enrichi par les profits considérables retirés de l'importation des marchandises³. Bien qu'il reste loin du navire que le capitaine continue à gérer comme par le passé, l'armateur n'est pas moins la seule personne qui puisse effectivement et équitablement offrir une garantie sérieuse aux intéressés. Les profits de l'entreprise qui alimentaient autrefois la fortune du capitaine se dirigent maintenant vers une autre personne que celle visée primitivement par le prêteur sous le vocable de *nautae*. En tout cas, il y avait un lien de cause à effet entre les profits retirés sans aucune déduction, à la suite du transport par mer, et les risques créés par ce transport. Tout le système de la responsabilité échafaudé pour

¹) Un exemple dans Dig., IV, 9, fr. 7, pr. 2.

²) SALVIOLI, op. cit., p. 228 et s.

³) Cf. R. WAGNER, Handbuch des Seerechts. Collect. BINDING, Leipzig 1884, I, p. 6.

atteindre la personne du capitaine s'est trouvé d'un coup insuffisant pour faire face à cette nouvelle situation.

D'autre part, cette responsabilité était le résultat d'une longue élaboration commandée par les exigences de tous les jours et qui avait abouti à une réglementation apte à assurer l'organisation juridique du transport maritime.

Si l'on tient compte aussi de la rigidité des règles une fois acquises, de leur puissante infiltration dans le droit nouveau¹ et de leur nombre peu élevé, on s'explique très bien que le législateur ait respecté la plus grande partie des pratiques consacrées, en se contentant d'en apporter un remède, un correctif insignifiant d'apparence, mais considérable au fond.

Ainsi s'explique que l'on rencontre cette singulière définition du mot *nautae* dans le texte précité. Le procédé est particulièrement instructif, quant à la méthode employée par les jurisconsultes comme par le législateur pour élargir le champs d'une disposition qui, interprétée à la lettre, arriverait à consacrer une injustice. Cette méthode rapproche le droit de la situation de fait, et montre comment le législateur ne vise en général qu'un phénomène et non une personne, s'appelle-t-elle à une certaine époque capitaine ou armateur.

58. — C'est pourquoi en répondant à la question posée au début de ce paragraphe, nous devons rattacher ce déplacement global de la responsabilité du contrat de transport sur la tête de l'armateur, personne différente du *magister navis*, non seulement, à une simple directive législative, mais au phénomène plus profond de l'avènement du capitaliste au premier plan de l'entreprise maritime.

¹) « Il y a des habitudes prises, des formes de pensée auxquelles un peuple reste fidèle malgré les changements survenus dans les mœurs et dans la législation ». CUQ, op. cit., vol. I, p. 13.

III

La responsabilité du capitaine vis-à-vis des chargeurs

1. — *Le rôle du chargeur dans le transport*

59. — Nous avons vu que malgré ces quelques transformations dans la réglementation du transport maritime, le capitaine garde sur la scène juridique une primauté presque inaltérée, et nous en avons indiqué les causes, qui se groupent surtout autour des contingences de l'organisation technique de la responsabilité. Après avoir ainsi saisi la portée de ces responsabilités à l'époque de l'action exercitoire, il est temps maintenant d'étudier le domaine où s'est élaboré d'abord le statut juridique du transport maritime, afin de pénétrer ainsi dans la zone des rapports s'établissant entre le capitaine et les chargeurs ou les passagers.

60. — Tant que les marchands voyageaient avec leurs marchandises ou les faisaient accompagner par des esclaves¹ ils n'ont pas dû éprouver le besoin d'une protection spéciale, les règles du droit civil étant suffisantes pour les garantir contre les détournements de leurs biens ou contre les dommages survenus par la malveillance de l'équipage.

Toujours présents ou représentés, les marchands pouvaient facilement désigner l'auteur du vol ou du dommage et s'assurer ainsi un recours efficace contre le capitaine, du moins toutes les fois que celui-ci se servait de ses propres esclaves, ce qui d'ailleurs était la situation normale dans une économie domestique.

61. — A cette époque le commerçant qui voulait transporter une certaine quantité de marchandise, s'enquerrait donc en premier de l'emplacement qu'il obtiendrait sur le navire, car cet em-

¹) Car c'est bien avec cette mission que les esclaves devaient figurer dans un texte de PAUL, parmi les passagers qui se trouvaient à bord d'un navire: « multi vectores servi liberique ». PAUL, lib. 34 ad. ed., fr. 2, pr. 2, Dig., XIV, 2.

placement formait l'élément principal pour assurer en bonnes conditions le transport voulu. C'est pourquoi le contrat intervenu entre le chargeur et le capitaine de navire se référait principalement à la concession d'une place déterminée et choisie d'après la qualité des objets à emporter. Par contre, les services déployés pour le déplacement du navire restent complètement dans l'ombre ou ne sont envisagés qu'accidentellement lorsque le chargeur désireux d'obtenir un frêt plus réduit s'engageait comme marin, ce qui d'ailleurs ne devait pas changer la nature du contrat d'affrètement s'analysant toujours en un louage de choses.

Enfin il y a peut-être une autre cause qui a fait que, à cette époque, le contrat d'affrètement est regardé comme un louage de choses, à savoir l'influence de la coutume maritime grecque qui, d'ailleurs, n'a jamais abandonné cette conception¹.

62. — Un pareil transport où les chargeurs continuent à détenir leurs choses et à les surveiller directement ne donnait lieu qu'à très peu de conflits, les difficultés qui auraient pu néanmoins s'élever étaient évitées par les parties elles-mêmes. Etant présentes elles étaient consultées sur les mesures à prendre en cas de nécessité, sur les sacrifices à faire pour sauvegarder l'expédition², et l'accord en était d'autant plus facile qu'il s'agissait souvent du salut même de leur vie.

2. — *Le transport non accompagné*

63. — Mais les Romains ont connu, et d'assez bonne heure, le transport des cargaisons homogènes et fournies par plusieurs chargeurs sans aucun lien entre eux. Le contrat par lequel les

¹) Chez les Grecs, le terme employé pour désigner le capitaine, l'armateur ou le propriétaire — *Naukleros*, — était employé également pour dénommer le loyer d'une maison. Ce terme avait reçu une extension pour désigner en même temps les personnes touchées par l'exploitation d'une maison: propriétaire, locataire principal, ou gérant d'un de ces deux. On en a conclu qu'en droit attique, la location des maisons s'est développée sous l'influence directe des pratiques maritimes. Cf. BEAUCHET, op. cit., IV, p. 158. — HUVELIN, *Navicularius D. S.*, page 20.

²) Les dommages occasionnés au navire par la volonté de tous ceux qui s'y trouvent afin de sauver l'expédition, étaient répartis entre tous. *Dig. XIV, 2, fr. 2, pr. 1.*

chargeurs confient ainsi au capitaine une quantité de blé ou autres marchandises susceptibles d'être confondues, ne ressemble plus du tout à la location d'une place déterminée dans un navire, car ici c'est plutôt le chargeur qui fait figure de loueur de choses et le capitaine de preneur.

64. — Par quelle action les chargeurs pourront-ils obtenir l'exécution d'un tel contrat? Un très ancien texte d'Alfenus Varus fait allusion à une action bien énigmatique: l'action *oneris aversi*¹. Le passage où elle est rapportée dans le Commentaire de Paul autorise à croire qu'il s'agit de la première sanction du transport des marchandises. — Très peu de renseignements nous sont parvenus sur cette action; comme elle est mentionnée dans un seul texte et à côté de l'action *locati*, on en a conclu que la généralisation de celle-ci entraîna la disparition de celle-là².

Mais ce qui pour nous présente un intérêt particulier, c'est

¹) ALFENUS, Lib. 5 Digestor., fr. 31, Dig. XIX, 2, *Locati Conducti*.

²) Sur la nature de cette action les hypothèses les plus divergentes ont été présentées. M. HUVELIN dans sa remarquable étude (à laquelle nous avons fait si souvent appel), après avoir isolé le texte ancien des graves interpolations qu'il a subi, conclut qu'il s'agit d'une action rei persécutoire, donnée pour le cas spécial du transport des marchandises individualisées, à une époque où la location de services n'était pas encore sanctionnée. L'action serait par contre inapplicable à un chargement non individualisé, comme par exemple à une quantité de blé chargée sur un navire porteur d'autre blé disposé en vrac, car dans ce cas le capitaine devenant propriétaire de la cargaison ne saurait détourner — « *avertere* » — ce qui lui appartenait. A défaut de délivrance donc le chargeur réduit à l'état de créancier ne pourra actionner le capitaine ni par cette action, ni par la revendication. — C'est pourquoi les anciens romanistes ont vu dans notre action un secours à ce chargeur qui, — disent-ils, — en aliénant sa propriété se voyait refuser le seul moyen de poursuivre le capitaine infidèle, à savoir l'action de vol; et cela parce qu'une des conditions d'existence du délit, — l'*animus lucri faciendi*, — faisait défaut. L'action *oneris aversi* ne serait donc pas une action contractuelle, mais délictuelle, civile (LE CARON, *Verosimilium* II, c. 5, cit. par PARD. I p. III, note 2), ou prétorienne (CUJAS, *Observationes*, VII, 40, cit. par HUVELIN, *Etudes sur le Furtum*, I, Les Sources. *Annales de l'Université de Lyon*, 1915, page 519 en note), et semblable à l'action *rationibus distrahendis* (CONAN, *Comment. Juris Civilis*, II, p. 523, cit. par PARDES-SUS, loc. cit.), donnée contre le tuteur qui tout comme le capitaine dans le cas des marchandises non individualisées, ne pouvait être atteint que par un moyen de droit spécial destiné à remplacer l'action ordinaire de vol. — Mais si cette construction satisfait dans une certaine mesure l'esprit avide de symétrie et a. en outre, l'avantage de justifier mieux la spécialité de l'exemple choisi par Olfenus Varus (blé non individualisé), elle n'est pas moins sujette à critique, surtout si on veut expliquer l'octroi de cette action par l'impossibilité de commettre un vol sur une « *res suas* ». A cet effet, M. Huvelin a démontré qu'à l'époque classique on pouvait être considéré comme voleur de sa propre chose, comme on pouvait être poursuivi de vol sans qu'il y ait une *animus lucri faciendi*; le seul argument qui plaiderait pour le caractère délictuel de l'action *oneris aversi* étant ainsi repoussé, il faut conclure avec le savant auteur qu'il s'agit d'une action contractuelle sanctionnant le transport des marchandises individualisées et ayant disparu avec la généralisation de l'action *locati*. HUVELIN, *Etude d'Histoire*, p. 115 et suiv.

de savoir contre qui elle était accordée. Nous avons dit qu'à cette époque reculée de la navigation, l'armateur et le capitaine se confondent dans la même personne désignée généralement par les sources juridiques sous le nom de « *nauta* ». L'affirmation est valable aussi pour l'action *oneris aversi*. En effet, le capitaine Saufei¹ est présenté comme étant le maître du navire sur lequel plusieurs affrêteurs ont chargé différentes quantités de blé. Il reçoit la marchandise et assume par là l'obligation de la délivrer; c'est pourquoi l'action devait être intentée contre lui en sa qualité de transporteur.

Nulle autre mention n'est faite dans ce texte sur la situation du *nauta*, sur sa solvabilité, ou sur son rôle vis-à-vis d'un éventuel commettant; il apparaît comme le véritable débiteur de l'obligation de transport, responsable envers les chargeurs de la restitution du blé confié.

65. — D'autres obligations découlant du contrat de transport ou qui prennent naissance à cette occasion sont présentées par les monuments juridiques comme incombant uniquement au capitaine.

C'est le capitaine seul qui peut retenir les marchandises sauvées afin d'assurer la part de contribution due au chargeur dont les biens ont été sacrifiés pour le salut commun. Les chargeurs, créanciers de la contribution, peuvent à cet effet forcer le capitaine à exercer ce droit de retention au moyen d'actions découlant du contrat de transport, — l'action *locati*².

66. — Enfin c'est à la disposition du capitaine que le droit romain a mis une action pour assurer la répartition de l'avarie commune en lui permettant de poursuivre les chargeurs par l'action *conducti* ou *locati*, selon que le contrat de transport était considéré comme une *locatio operis faciendi* ou une *locatio rei*.

Il ne répondait pas cependant de la solvabilité des débiteurs

¹) Peut-être L. Saufei¹, chevalier romain, ami d'Atticus. Voy. HUVELIN, *Etude sur le Furtum*, précitée, p. 512, note 4.

²) PAUL, livre 34 ad. ed., fr. 2, pr., Dig., XIX, 2. Par contre, dans le pr. 2 du même fragment, les chargeurs ont l'action *conducti* pour se faire indemniser. Le capitaine est personnellement responsable de l'exercice du Jus retentionis. — V. CARNAZZA, *Il Diritto commerciale dei romani*, Catania 1891, p. 171.

de la contribution, parce que dans cette circonstance le capitaine est considéré plutôt comme une sorte de « liquidateur » de la contribution et non comme un débiteur direct et principal¹.

67. — L'institution de l'avarie commune étant introduite à Rome sous l'influence directe de la coutume grecque, son fondement ne peut être recherché dans les actions utilisées pour sa mise en œuvre. Elle a surgi à une époque où une solidarité étroite existait entre les intéressés à l'expédition, en vertu des associations qui se formaient habituellement autour du navire. Transplantée à Rome, l'avarie commune a perdu le contact avec le milieu où elle s'est élaborée, pour épouser le caractère individualiste des institutions romaines².

Même lorsque l'intervention d'un armateur étranger aux choses de la mer fera du *nauta* un simple préposé, c'est toujours le capitaine qui répondra de l'inexécution du contrat de transport, de la sauvegarde des droits des chargeurs à la suite d'un jet, et du défaut de délivrance.

68. — Mais en est-il toujours ainsi? Les moyens de droit plus récents sanctionnant le commerce maritime, poursuivent-ils sans exception la personne du capitaine de navire? Une réponse affirmative s'impose au début pour l'action découlant du *receptum*.

Par contre, il existe une autre action prétorienne, — l'action *furti adversus nautas*, — que les auteurs croient avoir été accordée directement contre l'armateur³. Consécutive peut-être à un changement dans les pratiques maritimes, et plus précisément à la fréquence des transports de marchandises non accompagnées, cette action prétorienne devait réaliser une protection plus efficace des chargeurs, en leur évitant surtout les difficultés de preuve de

¹) Dig., XIV, 2, fr. 2, pr. 6, Comp. CUQ, op. cit., II, p. 432, note 7; et HUVELIN, *Etude d'Histoire*, précitée, p. 192.

²) Le prêt à la grosse qui avait un caractère nettement social à Athènes a subi la même influence de l'esprit romain. CUQ, *Nauticum foenus*, D. S. — U. E. PAOLI, op. cit., p. 17, note 1, p. 46.

³) Dig., XLVII, 5, *furti adversus nautas caupones stabularius*. HUVELIN (*Etude*, précitée, p. 137) établit même une antithèse entre l'action de vol et l'action de *receptum* par rapport aux personnes visées primitivement dans les Edits.

l'ancienne action civile de vol. Par là les chargeurs, victimes d'un vol de la part d'un homme de l'équipage ou de toute autre personne se trouvant à bord, étaient dispensés d'en désigner l'auteur et pouvaient intenter l'action *furti* directement contre l'armateur, déclaré ainsi responsable de tout ce qui se trouve dans le navire.

Est-il cependant exact de dire que l'action prétorienne de vol concernait du début l'armateur, tel qu'il a été défini par la jurisprudence du VIII^e siècle, sous l'influence de l'action exercitoire (celui qui exerçait le commerce maritime par l'intermédiaire d'un préposé) et non pas le capitaine exploitant le navire pour son propre compte?

Des auteurs considérables se sont prononcés en faveur de la première solution. Il faut remarquer que cette opinion est appuyée par une analyse serrée des textes se rapportant à la formule de l'action *furti adversus nautas* qui, — ainsi qu'elle a été reconstituée, — contient l'expression même d'*exercitor*¹.

Par contre d'autres auteurs évitent toutes précisions dans leur exposé en employant l'expression plus ambiguë de patron pour désigner le défendeur visé par le prêteur, sans s'arrêter sur la distinction entre *magister navis* et *exercitor*².

69. — Il y a pourtant des motifs sérieux pour douter du bien fondé de cette affirmation que la responsabilité délictuelle prétorienne concerne dès son inscription dans l'Edit exclusivement la personne de l'armateur étranger à la gestion de son navire.

D'abord c'est le titre même de l'action qui mentionne le *nauta*; or, à cette époque ce mot n'avait pas encore fait l'objet de l'acception donnée par les jurisconsultes³ à savoir celui d'armateur maître d'une entreprise maritime confiée au *magister navis*. Comment

¹) La clause « *servi vero sui nomine exercitor noxae dedendo se liberat* » (Dig. XLVII, 5 fr. 1, par. 5) se trouverait dans l'Edit même, afin d'étendre le caractère noxal de l'action civile de vol à l'action *in factum*. HUVELIN, *op. cit.*, p. 122.

²) PARD. I, p. 122, note 3; et quelquefois même Huvelin: « le prêteur rend le patron toujours responsable ». Cette expression traduirait peut-être mieux l'état de l'exploitation maritime à cette époque. HUVELIN, *op. cit.*, page 20.

³) Dig., IV, 9, fr. 1, pr. 2.

se fait-il que ce type d'armateur si nettement défini ne soit pas visé par l'Edit sur le *receptum nautarum*, alors qu'il l'était déjà dans un Edit antérieur¹, lequel avait inauguré la protection des chargeurs contre les vols survenus sur le navire? Si l'armateur était un objectif précis pour le législateur de cette époque (*furti adversus nautas*), il est difficile d'admettre qu'à un moment plus proche de l'exploitation capitaliste, le même législateur en édictant la sanction du contrat de transport ne tienne pas compte de l'état des choses de la jurisprudence et consacre une sanction dépourvue de bases réelles².

Il y a encore une autre raison d'en douter. Un rapprochement qui va même jusqu'à la confusion est fait par les jurisconsultes, entre la responsabilité découlant du contrat de transport (*receptum*) et celle instituée par le prêteur pour le délit des hommes de l'équipage³. Or, il est plus facile de justifier le travail jurisprudentiel avec notre hypothèse que d'admettre que les deux responsabilités concernaient à leur origine des personnes différentes.

Enfin, il ne faut pas oublier que la responsabilité délictuelle comme la contractuelle ne visait au début qu'un seul genre d'entrepreneurs et ce n'est que plus tard que les jurisconsultes ont ajouté aux transporteurs maritimes les maîtres d'écuries et les aubergistes; les changements nécessaires pour réaliser cette extension étant préparés par une sorte de nivellement juridique des trois

¹) L'action receptitia est signalée seulement après la loi Aebutia (605), HUVÉLIN, op. cit., pag. 156.

²) Il est vrai que les deux responsabilités n'ont pas des sources identiques. Le capitaine répond pour le *receptum* en son nom personnel, tandis que, poursuivi par l'action de vol, l'armateur était tenu du fait d'autrui. Et alors on pourrait peut-être expliquer la contradiction que nous avons révélée plus haut comme une manifestation de la résistance opposée par le droit romain à l'élaboration de la responsabilité contractuelle indirecte; le prêteur pouvant plus facilement apporter une transformation (*adversus nautas*) à une action déjà consacrée par le droit civil qu'en créer une nouvelle qui vise directement une autre personne que celle qui a contracté l'obligation de garder la marchandise. Or, comme l'armateur était déjà responsable pour les délits commis par ses esclaves (*noxaliter*), la réforme prétorienne n'a fait qu'étendre cette responsabilité à tout l'équipage indifféremment, qu'il soit composé d'hommes libres ou d'esclaves, et sans indication non plus de l'auteur du délit.

³) ULPYEN, lib. 38 ad ed., Dig., 47, 5, *furti adversus nautas*, fr. 1, pr. 5.

catégories d'entrepreneurs, ont amené aussi le remplacement dans les textes du capitaine par l'armateur¹.

Pour nous donc l'action prétorienne de vol prend place parmi les sanctions de droit maritime dirigées originairement contre le capitaine.

3. — *L'élaboration de la responsabilité du transporteur*

70. — Après avoir passé en revue les différentes sanctions qui protégeaient les chargeurs au cours de l'opération de transport, nous allons nous arrêter plus longuement sur la sanction spécifique du contrat de transport comme offrant un terrain des plus propices à d'amples investigations autant par l'importance que le transport a dans le droit maritime que par les transformations que cette responsabilité a subie pour être adoptée par le législateur même. Le passage du droit contractuel dans l'organisation légale ne s'est pas accompli d'un seul coup; il a été le résultat d'une longue évolution qui ne s'achève qu'avec la réforme de Justinien.

71. — Nous avons vu déjà que la personne originairement visée dans l'Edit du *receptum* était le capitaine du navire et nous avons dit que l'évolution du trafic maritime vers une économie capitaliste amena un changement profond dans la situation juridique des parties organisant l'expédition; d'entrepreneur le capitaine devient un simple préposé et sa responsabilité tend à se fixer sur la tête de l'armateur. Sur cette évolution l'accord est presque complet; les divergences ne commencent qu'avec l'étude du fondement de la responsabilité. Le capitaine est-il responsable de plein droit par le simple fait d'avoir accepté des marchandises sur son navire pour les transporter, ou seulement en vertu d'une promesse expresse de garder et de garantir la restitution?

72. — Le transport des marchandises non accompagnées² a

¹) L'addition du maître d'écurie et de l'aubergiste ne serait pas l'œuvre des compilateurs, mais des jurisconsultes qui y ont procédé sans altérer la teneur primitive des textes. HUVELIN, *op. cit.*, p. 121.

²) HUVELIN, *op. cit.*, p. 138.

dû mettre en garde les chargeurs qui abandonnant ainsi leurs biens risquaient fort de subir des détournements ou des dommages et cela sans aucun recours. En effet, ce genre de transport ne donnant lieu à aucune détermination d'emplacement sur le navire, répondait difficilement au concept de louage de choses et ainsi il ne pouvait être sanctionné par l'action de louage. C'est pourquoi les chargeurs soucieux d'assurer la restitution de leurs biens sans aucune contestation, faisaient promettre au capitaine qu'il veillerait sur les marchandises et qu'il les restituerait à la fin du voyage dans l'état où il les a reçues (*recipere saluum fore*).

Pour donner une sanction efficace à cette promesse, les parties ont dû recourir, du moins au commencement, à la forme générale de s'obliger : aux stipulations¹. Mais si le contrat verbal offrait une garantie suffisante pour les chargeurs, il avait un inconvénient sérieux : celui d'exiger avec rigueur la présence des parties². D'autre part, les obligations se liant directement entre les parties qui ont accompli les formalités, les chargeurs n'auraient pas pu poursuivre une personne autre que celle qui a fait la promesse de prendre soin de leurs marchandises, c'est-à-dire le capitaine.

A la suite de ce contrat, le capitaine était tenu d'une façon absolue, aucune excuse n'étant valable pour diminuer sa responsabilité ; comme tout débiteur d'un contrat de droit strict, il répondait de la force majeure, du vol et de l'événement fortuit, en un mot, il assumait par là le risque de l'opération.

Faite sous forme de stipulation, la promesse « *recipere saluum fore* » acquit une force d'expression technique, et le prêteur sanctionna cet engagement du capitaine indépendamment des solennités intervenues : que les parties aient eu recours aux stipulations comme par le passé ou à un simple pacte, du moment qu'elles se sont bien entendues sur l'opération conclue, le chargeur aura tou-

¹) HUVELIN, op. cit., p. 146 et 149.

²) Ce n'est qu'au V^e siècle avant J. C. et à la suite de l'importance acquise par la preuve écrite que la rigueur de ce principe s'atténua. HUVELIN, Cours. Obligations, II, p. 55.

jours à sa disposition une action pour obliger le capitaine à s'exécuter.

Ce changement dans la coutume commerciale, cette facilité de contracter un engagement à l'aide d'un simple pacte n'apporta cependant aucun adoucissement à la rigueur de l'ancienne stipulation. La responsabilité découlant du simple pacte est aussi étendue que celle pesant sur le débiteur poursuivi par l'action *ex stipulatu*. Le capitaine continua à être tenu du naufrage, du pillage et des autres événements étrangers à l'entreprise jusqu'à l'époque où les jurisconsultes instruits par la souplesse du droit grec introduisirent dans les actions une exception de force majeure¹.

Même tempérée par l'exception de force majeure, la responsabilité du *receptum* présentait encore pour les chargeurs les plus grands avantages. Car tandis que le *nauta* qui avait conclu un pacte de *receptum* continua à être tenu comme autrefois de la garde des marchandises confiées, — de la *custodia*, — et n'était libéré que par la force majeure, les autres débiteurs soumis à l'époque classique comme le capitaine à la responsabilité de la *custodia* ne répondent plus sous Justinien que de leurs fautes². Il y avait là une cause suffisante pour déterminer les chargeurs à recourir continuellement à un pacte si efficace. Son utilité propre étant de

¹ D'après l'opinion communément professée, la rigueur de l'action *receptitia* fut adoucie par l'autorité de Labeon (fr. 1, pr. 1, Dig., IV, 9) qui trouve que ce n'est pas commettre une injustice que d'accorder une exception au transporteur victime d'un naufrage ou d'un pillage par les pirates. Pour certains auteurs cet adoucissement de la responsabilité du transporteur serait intervenue seulement sous Justinien, car il serait bien étrange, — disent-ils, — de vouloir écarter les dommages les plus fréquents aux milieux marins et d'anéantir ainsi l'utilité même de l'action. En ce sens J. PARIS, La responsabilité de la *custodia* en droit romain, Thèse, Nancy, 1926, p. 28, note 1; HUVELIN, Etude d'Histoire, p. 159. Une exception de force majeure se trouve insérée dans un papyrus de 580 de notre ère, contenant un acte par lequel le transporteur consigne la réception des marchandises. Cit. par JEAN PARIS, op. cit., p. 36, note 1.

² En effet, la responsabilité qui pesait sur le *nautae* n'est pas un fait isolé pour cette époque; d'autres débiteurs sont tenus avec la même sévérité à savoir le *conductor operis* et le *conductor operarum*, le *commodataire*, le *negociorum gestor*, le débiteur dans l'*aestimatio rei*, et surtout certains débiteurs d'une restitution comme l'*Horrearius* (Dig. XIX, 2 *locati conducti*, fr. 60, par. 9), voy. l'étude de ces situations dans JEAN PARIS, op. cit., p. 96 et 143.

³ Cette constatation a permis aux romanistes de refaire l'évolution de la notion de *custodia* en droit romain, voy. une exposition des systèmes proposés dans JEAN PARIS, op. cit., p. I-XVIII.

leur donner une garantie renforcée¹, il devait être d'une pratique courante surtout à cette époque où les autres actions qui auraient pu sanctionner le transport étaient fondées sur une responsabilité de faute.

73. — Cette responsabilité stipulée autrefois par les parties et envisagée d'une manière spéciale, une fois rentrée dans les usages commerciaux, se transforme dans les textes de Justinien en une responsabilité légale². Et alors les compilateurs se sont appliqués à justifier la singularité de cette responsabilité rigoureuse, qui à la suite de la disparition des autres cas de *custodia*, apparut comme une véritable curiosité juridique. Désireux d'autre part d'harmoniser la responsabilité du transporteur avec la théorie générale de la faute, ils ont imaginé une présomption de faute qui planerait sur l'activité des gens douteux.

Certains romanistes modernes ont même brodé une littérature énergique sur la malhonnêteté des capitaines de navire, et sur le peu de scrupule dans le choix de leurs marins³.

Seulement le texte qui contient cette explication et que l'on envisage plutôt comme une hypothèse pour justifier l'octroi aux chargeurs d'une action *in factum* (*actio receptitia*) lorsqu'ils avaient déjà à leur disposition d'autres actions civiles, comme celles de dépôt (sanctionnant le transport gratuit) ou de louage (trans-

¹) Dans certains papyrus le capitaine consigne le fait d'avoir reçu la marchandise en bon état, sans faire aucune promesse expresse de répondre des risques. (Papyrus latin de 167 après J. C., cit. par JEAN PARIS, op. cit., p. 34, note 1, et le Papyrus plus récent de 580 après J. C., cit. par le même, p. 36, note 1). Par contre d'autres Papyrus mentionnent expressément la prise en charge des risques (Papyrus grec de 138, 161, 236, 326, après J. C., cit. par JEAN PARIS, p. 35, notes 1 et 2). Mais les auteurs qui font découler la responsabilité du réceptum d'un pacte tacite, prétendent qu'il ne faut pas voir là un élément de classification distinguant les actes d'une période où la nécessité d'une prise en charge de risques est encore nécessaire et ceux où cette prise en charge est sousentendue.

²) Dig., IV, 9, fr. 1, pr. 1.

³) KARLOWA, se basant uniquement sur la valeur du texte cité plus haut conclut ainsi: « le transporteur qui dans chaque voyage atteint presque un autre pays, arrive très souvent à avoir les pires canailles. Et plus les risques du transport par eau sont grands, plus la stabilité des canailles est durable » (loc. cit.). Cette suspicion du capitaine est toute contraire à la vérité, les transporteurs jouissant d'une bonne réputation à l'époque classique. Mais les compilateurs voulant d'une part assimiler le nauta à d'autres professions appropriées (les maîtres d'écuries et les aubergistes) et d'autre part cherchant une explication pour la responsabilité exceptionnelle à laquelle le préteur les avait soumis, ont généralisé ce qui n'était vrai que pour cette dernière catégorie d'entrepreneurs.

port rémunéré) — est évidemment interpolé¹. Car le jurisconsulte qui considère ce supplément de protection que représentait la responsabilité de la *custodia*, comme une sévérité indispensable contre un milieu suspect est justement un classique: Pomponius. Même en admettant qu'il aurait pu parler de cette intention du prêteur de venir en aide à une catégorie de débiteurs en les dispensant de toute preuve de faute², ce n'est pas lui qui aurait pu établir une antithèse entre l'action prétorienne d *ureceptum* et celle civile de louage³ pour la bonne raison qu'à l'époque classique d'autres locataires répondaient d'une façon aussi complète et en dehors de responsabilité de la *custodia*⁴.

74. — L'introduction de la notion de faute dans la responsabilité du transporteur apparaît ainsi comme une création toute récente des compilateurs. Les conditions occultes de son infiltration dans les textes classiques met pleinement en évidence son caractère artificiel. Les travaux récents ont fait justice de cette prétendue présomption de faute qui pèse sur l'activité des transporteurs. Par contre le changement opéré par Justinien dans le caractère de la responsabilité qui de contractuelle devient légale, laissa des doutes sur l'évolution et la nature du pacte de recept.

Certains veulent faire de la promesse *salvum fore*, promesse faite par le capitaine au moment de la prise en charge des marchandises, l'accessoire d'un contrat civil principal (dépôt, mandat, contrat innommé, *locatio conductio*) déclenchant de plein droit la responsabilité de la *custodia*⁴.

D'autres lient la responsabilité du *receptum* au fait matériel de la remise des choses à transporter: le prêteur ayant soumis le

¹) HUVELIN, op. cit., p. 142 et s. — JEAN PARIS, op. cit., p. 39.

²) M. HUVELIN (op. cit., p. 145) montre avec une admirable netteté quel est le sens primitif des paroles tenues par Pomponius. Le jurisconsulte a bien parlé d'une action civile, mais de la *civilis actio in factum*, qui sanctionnait au début le transport des marchandises non accompagnées, considéré comme un contrat innommé. L'utilité de l'action prétorienne s'explique ainsi très bien, car par l'action du contrat innommé, le transporteur n'était condamné que s'il avait commis une faute; tandis que par l'action prétorienne de *receptum* le chargeur était aussi protégé que s'il avait pu tenter des actions civiles, comme l'action *conducti*.

³) ULPPIEN, Lib. 14 ad. ad., Dig., IV, 9, fr. 3, pr. 1.

⁴) GOLDSCHMIDT, Das Receptum, précité, p. 62 et 113.

nauta uniquement à l'obligation de restitution, la surveillance et la garde sont venues s'ajouter plus tard comme un corrolaire nécessaire de la responsabilité objective de restitution¹.

On soutient aussi qu'au pacte exprès par lequel le capitaine assume la responsabilité de surveillance se substitua graduellement un pacte tacite de garantie qui arrive ainsi avant la réforme de Justinien à accompagner de plein droit la remise de la chose².

Enfin, on présente la clause comme absolument facultative, la responsabilité découlant sinon d'un pacte tacite du moins de l'ensemble de l'opération économique³.

75. — Toutes ces théories ont cela de commun qu'elles tendent à réduire le plus possible le rôle de la volonté dans la formation de la responsabilité du transporteur. Cependant elles ne réussissent pas à anéantir le rapprochement plus que suggestif entre le contrat verbal et le *receptum*, surtout quant à l'exonération de la force majeure. La promesse *rem salvam fore*, imposée au début par le désir des chargeurs d'obtenir la même garantie que ceux qui louent des places dans un navire (*locatio rei*), fut sanctionnée par le prêteur conformément au but de sécurité poursuivi par les parties et cela sans tenir compte de la forme choisie pour manifester la volonté. Cette sanction ne changea nullement le caractère de la responsabilité; restée toujours contractuelle, elle doit être envisagée spécialement par les parties⁴ jusqu'au moment où les compilateurs la rapprochant de la responsabilité délictuelle de vol ou de dommage édicté par le même prêteur, la mettent de plein droit à la charge du transporteur.

La nécessité d'une promesse à l'effet de prendre en charge les risques du transport, pour réaliser cette obligation stricte de surveillance, n'a cessé qu'à partir de l'intervention des compilateurs. Jusqu'alors le chargeur devait toujours prendre soin de

¹) VINCENT, *Res recepta*, thèse Montpellier, 1920, p. 41.

²) VAZNY CUSTODIA, v. *Pravu Rimsken*, cité par J. PARIS, *op. cit.*, p. 100.

³) J. PARIS, *op. cit.*, p. 36 et s.

⁴) Dans les Papyrus contenant une reconnaissance de la conclusion du réceptum par le *nautae*, la réception des marchandises apparaît comme une opération nettement distincte.

s'entendre avec le capitaine quant à l'étendue de la responsabilité et cela plus encore au moment où la responsabilité de la custodia avait disparu des autres contrats. Il s'en suit que pour écarter cette responsabilité il suffisait simplement de ne pas la stipuler. Par contre, à partir de la réforme justinienne le capitaine qui voulait s'exonérer de cette lourde responsabilité devait avoir soin d'insérer dans le contrat d'affrètement une clause spéciale, une « *prae-dictio* ». Jusqu'alors une telle clause, s'il y en avait une, n'était utilisée que pour écarter la responsabilité délictuelle¹.

Conclusion

76. — L'étendue de la responsabilité du capitaine pour les marchandises chargées sur son navire a été longtemps réglée par les parties elles-mêmes. Lorsque le législateur prit la responsabilité du contrat de transport telle qu'elle fonctionnait en pratique, pour lui donner une base légale, sans la mettre auparavant d'accord avec l'ensemble du droit, il s'est vu forcé d'imaginer pour ne pas heurter les principes acquis, une explication qui prenait le contre-pied de la réalité, une véritable fiction. Ce qui était le résultat d'une convention devient par là la repression de la mauvaise réputation du capitaine (assimilé auparavant à d'autres entrepreneurs du commerce terrestre).

Cette présomption de fautes qui planait sur l'activité du voiturier n'était pas faite pour éclaircir la position du capitaine, et pour éliminer le dualisme des responsabilités dans les transports maritimes. Au contraire, le capitaine sera de plus en plus considéré comme débiteur du transport, comme étant le plus susceptible d'attirer sur lui la présomption légale.

77. — A côté donc du rôle laissé au capitaine par l'impuissance d'un droit imparfait (la situation spéciale du droit romain vis-à-vis du problème de la représentation) et par le besoin que

¹) ULPPIEN, lib. 18 ad ed., Dig., IV, 9, fr. 7, pr.

toute organisation juridique a de servir l'expérience acquise, — ce qui fait du chef de l'expédition le titulaire direct de toutes les obligations découlant du contrat de transport, — cette responsabilité du *receptum* vient encore élargir singulièrement le principe de la responsabilité personnelle.

Et le droit romain apportera toujours l'appui de son autorité incontestée, toutes les fois qu'une solution juridique aura besoin d'une fiction avec aspect de réalité. Jamais oublié, ce droit restera dans la conscience juridique des siècles tantôt plus obscur, tantôt plus actif, mais toujours recherché comme un point de repère sûr¹.

¹) Il résista même à la poussée des normes coutumières du moyen-âge. Contra WAGNER (op. cit., p. 6-7) qui prétend que le droit maritime de cette époque s'est élaboré en complète indépendance du droit romain et uniquement sous l'influence des facteurs économiques et sociaux. Comp. R. ZENO, *Storia del Diritto Marittimo nel Mediterraneo*. Roma 1915, p. 55 et s.

CHAPITRE II

BAS EMPIRE DEBUT DU MOYEN AGE

I

Les transformations politico-économiques et leurs répercussions sur l'exploitation maritime

78. — Les deux premiers siècles de notre ère furent remplis d'une activité commerciale aussi vaste que la conquête romaine.

Intégrés dans l'Empire, les peuples des grands trafiquants, — les Grecs, les Syriens, les Alexandrins, — injectèrent à l'économie romaine une sève puissante qui traversait le monde antique de l'Espagne jusqu'aux Indes¹. Une route de mer partait de l'Italie, de Puteoli, ralliait Alexandrie, — point de rencontre du commerce des trois continents, — traversait la Mer Rouge, l'Océan Indien et touchait ensuite les côtes des Indes. Par cette route le commerce romain pénétra dans le continent asiatique jusqu'au sud de la Chine, tandis que le nord de cet empire était atteint par une route terrestre due à l'audace des négociants grecs².

Dans cette extension prodigieuse, le bassin méditerranéen joua le rôle de centre d'attraction des richesses absorbées par le

¹) E. H. WORMINGTON, *The commerce between the Roman Empire and India*, Cambridge, 1928, p. 319.

²) E. H. WORMINGTON, *op. cit.*, page 133.

luxe et l'éclat de la Rome impériale. Des grands navires furent construits par des négociants disposant de capitaux importants et pouvant ainsi faire face aux frais élevés d'armement. D'autre part, l'approvisionnement de la capitale offrait un fret de plus en plus important aux armateurs qui pouvaient ainsi organiser des trafics presque réguliers entre les provinces et la grande cité romaine¹.

Propriétaires ou armateurs de navires, les *negociatores* enlevèrent aux capitaines la direction technique de l'expédition. Nous avons indiqué comment le statut juridique du commerce s'en ressentit et comment l'armateur se détacha avec précision du capitaine pour devenir l'objectif principal de la responsabilité de droit maritime. Cette prépondérance juridique et économique de l'*exercitor* se maintint pendant toute la période qui comprend la grande expansion commerciale des Romains, c'est-à-dire jusqu'au règne de Marc Aurèle.

79. — A partir de cette époque qui peut être considérée comme coïncidant avec le déclin des relations entre Rome et l'Inde, l'exploitation maritime subit des transformations profondes. L'intervention de plus en plus envahissante de l'Etat dans les entreprises de transport, fait de l'armateur un membre d'une association, obligé par sa charte et par les privilèges y insérés, d'assurer le service public de l'approvisionnement. Le grand commerce d'importation est ainsi absorbé par l'Etat qui impose sa volonté aux corporations d'armateurs. Ceux-ci deviennent au Bas Empire de simples fonctionnaires tenus d'exercer le métier de père en fils. Leurs biens sont frappés d'inaliénabilité comme faisant partie du patrimoine collectif; et leur activité est complètement mise à la disposition de l'Etat.

80. — Ce système aboutit à détruire la figure de l'armateur classique. Il n'est laissé que trop peu de place au commerce libre qui reçut encore un coup par la réapparition des pirates.

¹) MAURICE BERNIER, « *Navicularius* », D. S., p. 21.

La paix romaine et l'extermination¹ de la piraterie avait réduit presque les risques de la navigation aux accidents naturels, c'est-à-dire au feu et au naufrage. Mais l'affaiblissement de la cohésion du vaste Empire entraîna la réapparition de ce risque redoutable. Les expéditions devinrent par là de plus en plus coûteuses; elles ne peuvent plus être supportées par un armateur isolé. Ainsi l'augmentation des frais d'armement ajoutée au monopole du fret en faveur de l'armement officiel, enlevait à la navigation son plus grand attrait: l'abondance des bénéfices. Les capitaux s'en détournèrent et l'entreprise maritime devint vers la fin du V^e siècle de notre ère l'avoir d'une petite société formée de marins, de gens ayant l'expérience du trafic, de petits commerçants². Les grands navires qui ont donné une vie intense au trafic maritime du Haut Empire sont graduellement remplacés par des embarcations peu importantes.

81. — Cette transformation dans les conditions économiques de l'armement eut une répercussion directe sur la position juridique des parties animant la vie maritime. Aux rapports de commettant à préposé qui liaient autrefois le gérant du navire à l'armateur, se substitua un lien nouveau de société qui amena une nouvelle confusion des positions juridiques³ entre les parties que le droit romain classique avait si nettement distingué. La transi-

¹) La lutte de Rome contre les pirates prit une intensité particulière à partir du VI^e siècle U. C., mais elle ne fut efficace que pour des courtes périodes. Au début du VIII^e siècle le Sénat romain envisagea des mesures plus énergiques sous la pression des puissants marchands qui traversaient la Méditerranée. Mais ce n'est qu'avec la loi Gabinia (67 av. J. C.) que la piraterie a été poursuivie systématiquement. La réussite de Pompéi a été complète, de sorte qu'au Haut Empire le danger des pirates n'apparaissait qu'exceptionnel (sauf toutefois dans certaines mers plus difficiles à surveiller, comme la Mer Noire, l'Océan Indien et les Mers du Nord de l'Europe). Mais la piraterie réapparaît au III^e siècle et contribue parallèlement avec l'invasion des barbares à l'affaiblissement de l'Empire. Voy. CH. LECRIVAIN, *Pirate*, D. S., p. 486; W. ASHBURNER, *The Rhodian sea Law* Oxford, 1909, p. CXLIV.

²) Conf. GOLDSCHMIDT, *Storia Universale*, p. 183.

³) Le Digeste mentionne déjà le cas d'un navire exploité directement par plusieurs *magistri*; ceux-ci ne sont pas tenus solidairement comme le sont les armateurs, mais chacun proportionnellement à sa part dans le navire. ULP., *Lib. 29 ad. ed., Dig., XIV, 1, fr. 4, pr.* Par contre si plusieurs armateurs délèguent un d'entre eux pour gérer le navire, ils sont tenus solidairement. *Dig., eod., fr. 4, pr. 1, Dig., IV, 9, fr. 7, pr. 5.*

tion a été en outre préparée par l'infiltration constante du droit grec dans la vie juridique de l'Empire d'Orient.

Cet esprit nouveau d'association, de collaboration étroite entre les parties intéressées à l'expédition sur la base d'une nouvelle distribution des risques, dominera tout le commerce maritime du moyen-âge.

II

Le droit maritime au Bas Empire

1. — *Les sources*

82. — Cependant ce n'est pas dans l'œuvre législative des empereurs byzantins qu'on trouvera le reflet fidèle des transformations subies par le transport maritime. Trop attachés à la tradition romaine et dominés par le prestige de la codification justinienne, les empereurs qui ont suivi se sont contentés d'apporter à cette œuvre des modifications de surface laissant intacte la structure même des institutions.

Par contre le véritable visage du droit maritime de cette époque se retrouve dans une compilation d'origine privée (la loi Rhodienne, — *Nomos Rodion*), qui acquit une si grande autorité qu'on l'a longtemps rattaché à une initiative législative¹.

Ce recueil de coutumes et de pratiques répondait sans doute mieux aux exigences de la navigation que les compilations officielles rédigées par des juristes trop imbus de dogmatisme. C'est pourquoi nous lui consacrerons de plus larges développe-

¹) La Loi Pseudo-Rhodienne, désignée parfois sous le nom de Compilation Rhodienne pour ne pas la confondre avec le corps des lois introduites à Rome au II^e siècle, se place vraisemblablement entre la 2^e moitié du VIII^e siècle et la première moitié du IX^e. Elle constituerait d'après certains le fameux livre LIII des Basiliques. Voy. une étude complète dans Ashburner, op. cit.; adde Pardessus, Col. I, p. 167 et 209; GOLDSCHMIDT, *Lex Rhodia und Agermanent*, Z. H. R. 1888 (XXXV), p. 323 s.; BRUNETTI, *Diritto Marittimo Privato Italiano*, Torino 1929-1930, p. 77 et 79. Pour la traduction de la loi voy. DAREST, *La Lex Rhodia*, Rev. Hist. 1905, vol. 28, p. 429-448.

ments; son étendue nous permettra de saisir dans toute son ampleur les modifications apportées à la responsabilité du transporteur et surtout de déterminer le véritable aspect de l'exploitation maritime au moyen-âge.

Néanmoins un regard rapide sur la législation byzantine de la fin du IX^e siècle de notre ère est nécessaire pour apprécier la résistance que les formules romaines ont opposé à l'emprise de l'esprit associatif.

83. — Tout d'abord, il faut remarquer que les Basiliques apportent une nouvelle méthode d'exposition des institutions du droit commercial maritime. En effet, presque¹ tout ce qui concerne ce droit de la mer se trouve groupé dans un seul livre, le livre LIII. Cela prouve que le droit commercial maritime s'imposait déjà à la conscience du législateur comme un tout organisé autour de certains traits propres, et qui le détache de l'ensemble du droit civil.

A son tour la matière concernant la responsabilité du transporteur y est traitée dans un même titre² portant : « Des patrons et des armateurs et des actions qui leur appartiennent ou qu'on a contre eux ».

Cette méthode a sans doute une très grande influence pour l'émancipation des rapports juridiques concernant le milieu marin.

2. — *La terminologie dans les Basiliques*

84. — Dans l'aperçu sur le droit romain nous avons accordé une place à part à la terminologie. En effet, elle offre un instrument précieux surtout pour fixer la position des parties dans

¹⁾ Car il y a des exceptions qui prouvent encore une fois la fidélité avec laquelle ont été suivis les textes du Digeste par les rédacteurs des Basiliques. Ainsi la matière concernant le contrat de transport placée au Digeste dans le livre consacré au louage (XIX, 2 et 5) est traitée dans les Basiliques toujours à l'occasion du contrat de louage (liv. XX, tit. 1 et 4). De même la responsabilité délictuelle du capitaine est placée dans le livre LII, tit. 1, ch. 5 et 22).

l'entreprise de transport. La variété de termes apportés par le droit grec nous oblige à reprendre l'étude de cette question.

La terminologie assez flottante dans les textes classiques, devient dans les Basiliques d'une imprécision anarchique. Il est vrai que les jurisconsultes byzantins ont commencé par se servir des termes que leur léguèrent les Romains, en apportant les seules modifications exigées par les particularités des caractères grecs — μαγιστωρ¹ ou μαγιστος², pour *magister navis* et εξερκιστωρ³ pour *exercitor*, — mais cette méthode fut abandonnée par les jurisconsultes de l'époque postérieure.

On constate d'autre part un certain effort de précision en limitant l'emploi d'une expression à une situation déterminée — comme πιστικός⁴ pour désigner l'ancien *magister navis*, mais cela avec des exceptions trop nombreuses pour en tirer une véritable règle⁵. Car souvent le *magister navis*, agent commercial de l'armateur est désigné sous le vocable de *naucleros* — ναυκληρος⁶ ; or, cette même expression de *naucleros* s'emploie aussi pour désigner l'armateur ou même le simple pilote préposé à la direction technique de la navigation, et parfois le membre d'une de ces puissantes corporations d'armateurs⁷ au service de l'Etat.

85. — Si on veut distribuer maintenant l'emploi des expressions *pistikos* et *naucleros*, on constate que les Basiliques ne mentionnent la première que dans les textes empruntés au Digeste où le *magister* et l'*exercitor* se trouvent ensemble, et cela pour déterminer la situation de l'un par rapport à l'autre⁸. Par contre partout où il s'agissait soit du *magister navis*⁹, soit du *nautae*¹⁰

¹) et ²) STEPHANUS (ad. Bas. XVIII, I, 13, ed. ZACH, p. 172-173), cité par ASHBURNER, p. CXXXI, note 1.

³) THEODORUS et THALALAEUS (ad. Bas. XVIII, I, 24, ed. ZACH, p. 177), cité par ASHBURNER, loc. cit.

⁴) Bas. liv. LIII, tit. 1, ch. 4. PARD., I, p. 191.

⁵) ASHBURNER, op. cit., p. CXXXI et PARD., I, p. 184.

⁶) Bas. liv. LIII, tit. 1, ch. 6, traitant du receptum, et Bas. LIII, 1, 31, traitant du vol.

⁷) Dont le Code Theodosien s'occupe amplement (XI, 28, 8; XII, 1, 149; XIII, 5, 7), cf. M. BERNIERE « Navicularius », D. S., p. 21.

⁸) Bas. LIII, 1, 4.

⁹) Dig. XIX, 2 fr. 61 pr. 1, et Dig. XIX, 5, fr. 1, pr. 1.

¹⁰) Dig. IV, 9, Nautae Caupones Stabularii ut recepta restituant.

isolément, les auteurs byzantins se servent invariablement de l'expression de *nauclos*¹.

On serait tenté de croire que le droit gréco-romain a perfectionné la méthode inaugurée par les jurisconsultes dans le célèbre paragraphe commenté plus haut² pour déplacer ainsi toute la responsabilité élaborée sur la tête du capitaine de navire sur celle de l'armateur, en substituant au *magister* l'expression de *nauclos*. Et cette croyance serait d'autant plus fondée si on s'en rapportait aux définitions que les Basiliques donnent pour les différentes situations juridiques. C'est en général la traduction fidèle des formules classiques. Ainsi pour déterminer les positions d'armateur³ et de capitaine⁴, les auteurs des Basiliques reproduisent exactement les définitions d'Ulpien.

Mais cette invariabilité formelle de ces deux positions était loin de correspondre à l'état de choses existant à cette époque. Car comme on le verra plus loin, le *nauclos* a perdu tout ce qui caractérisait l'ancien armateur visé par Ulpien. Il est maintenant celui qui entre directement en contact avec les tiers, qui voyage avec le navire et qui se charge de la garde des marchandises en en répondant en son nom personnel. La responsabilité du droit maritime envisage donc à nouveau un seul titulaire qui joue le plus souvent le double rôle de capitaine et d'armateur, rôle auquel s'ajoute même parfois celui de marchand. Toujours est-il que la dualité des positions juridiques conservée par les textes ne correspond plus à l'état de l'exploitation maritime. Si donc on a maintenu cette dualité, c'est plutôt par respect pour les formules traditionnelles et peut-être plus encore comme un symptôme de l'impossibilité de délimiter directement en droit, ce qui en fait est mouvant et insaisissable.

86. — En fait, il n'y avait qu'une seule responsabilité, celle

¹) Bas., LIII, 1, 6; XX, 1, 61; XX, 4, 1.

²) Supra, N° 55, Dig., IV, 9, fr. 1, pr. 2.

³) Dig., XIV, I, fr. 1, pr. 15. — Bas. lib. LIII, Tit. I, Ch. I, PARD. I, p. 72.

⁴) Dig., eod., fr. I, pr. 1. — Bas. lib. LIII, Tit. I, Ch. 4, PARD. I, p. 191, adde. RINIERO ZENO, op. cit., p. 86.

d'une activité organisée que le droit essayait de rattacher à son nouveau titulaire. Le procédé consistant dans le changement de ce titulaire, parce qu'au centre économique de cette activité se trouve une autre personne, a nécessairement servi aux compilateurs byzantins comme il avait déjà servi aux jurisconsultes classiques.

Les opérations que la navigation occasionne, une fois reconnues par le droit d'après leur caractère spécifique de phénomènes organisés, continuent à recevoir la consécration de ce droit, bien que l'animateur ne soit plus reconnaissable sous le vocable consacré par le droit antérieur.

La responsabilité a une source bien plus profonde qu'une volonté formelle; elle ressort d'une activité, elle est l'intégration de cette activité dans le plan social. La faute, c'est-à-dire l'intention d'une personne spécialement visée, est un élément commode pour réaliser cette intégration. Elle est un hommage rendu à la personnalité humaine, une fiction pour rattacher tout à notre honnêteté, à notre déclaration consciente de supporter les risques d'une opération. Mais cette volonté très souvent manque, comme elle peut être camouflée sous le couvert d'une opération complexe; elle peut même être délibérément opposée. Le droit peut-il abandonner son rôle devant ces difficultés? — Non. Et pour réaliser cette répartition de risques conformément à l'équilibre social, il recourt à différents procédés, dont le plus simple et le plus direct est celui de la terminologie.

La valeur de ces constatations sera davantage mise en vedette lorsqu'on étudiera la position des parties dans l'expédition.

3. — *La position juridique des parties*

87. — Il est certain que la figure de l'armateur classique avait disparue. L'expédition n'était plus l'œuvre d'un armateur qui confiait au *magister navis* la direction du navire, mais celle d'un connaisseur du trafic maritime, d'un habitué des places commer-

ciales et d'un habile organisateur d'expédition, qui, décidé à transporter une certaine quantité de marchandise pour la vendre dans un port où il espérait trouver un bon gain, entrait en relations avec des marchands afin de compléter avec eux la cargaison d'un navire.

Ce chef d'expédition pouvait recourir au crédit d'un capitaliste, comme il pouvait se procurer le navire en le louant; mais cela est loin d'établir un rapport de subordination entre lui et le propriétaire du navire ou le capitaliste.

Le capitaine possède d'habitude le navire qu'il exploite personnellement, comme ceux qui s'associent avec lui pour former la cargaison accompagnent personnellement leur marchandise. Quelques fois, ils se font représenter par un homme de confiance.

Entre tous ces participants liés par un intérêt commun il est difficile de trouver une ligne de démarcation nette. Les marchands offrent quelques fois leurs services comme marins, d'autres fois ils s'associent et louent le navire pour leur propre compte, en se réservant ainsi une certaine initiative qui fait du capitaine à la fois leur associé et dans une certaine mesure, même leur subordonné.

Les décisions les plus importantes ne sont plus l'œuvre d'un seul, mais bien l'émanation d'un véritable comité composé des principaux membres de l'équipage et des marchands¹.

88. — Cet esprit d'association qui plane sur toutes les relations entre les différents intéressés à l'expédition maritime a arrêté le perfectionnement de l'idée d'entreprise, telle qu'elle a été réalisée dans le dernier état de la jurisprudence classique, c'est-à-dire avec une puissante empreinte individualiste et donc avec une distribution absolue des risques.

Les chargeurs ne sont plus des créanciers dont le droit découle d'une opération simple: la réception de la marchandise. Par

¹) Déjà une constitution de l'an 380 obligeait le capitaine à demander en cas de naufrage et en général pour tout ce qui concerne la navigation, l'avis des principaux de l'équipage (Théod., XII, 9, 3 pr.).

leur collaboration à l'agencement de l'entreprise, ils ont des devoirs, certains risques seront supportés par eux proportionnellement à la part qu'ils ont prise dans l'affaire. La ligne directe tracée par les jurisconsultes romains entre les chargeurs et les armateurs est ainsi délaissée et la responsabilité est dirigée sur une personne qui par sa position même pourra invoquer toutes les ententes intervenues entre les parties avant ou pendant l'exécution du transport. La responsabilité tranchée du *receptum*¹ s'affine, il y aura lieu dorénavant de procéder à une série de dégrèvements, de déductions. Pour la facilité de l'opération on présume encore deux positions antagonistes: chargeurs-capitaine; en réalité ces deux positions se sont rapprochées jusqu'à se confondre, et la réglementation de la responsabilité tend à devenir plutôt le statut interne d'une association constituée pour l'exploitation du navire.

89. — Lorsque la communauté ne possède pas tous les moyens de réaliser l'expédition, elle se procure ces instruments par la voie du contrat civil. Le propriétaire qui mettait son navire à la disposition des chargeurs, était regardé comme un loueur de choses qui néanmoins devait supporter les risques inhérents à la navigation. Sa responsabilité était limitée aux vices de son objet et sauf une participation spéciale elle ne couvrait pas l'exploitation proprement dite du navire. Celle-ci était représentée par la personne du capitaine en sa qualité multiple d'organisateur, d'associé et de dirigeant.

90. — Le capitaine visé par les Basiliques sous le nom de *naucleros* devait réunir de grandes qualités de commerçant. En effet, le transport avait perdu beaucoup de son indépendance acquise pendant l'époque des grandes sociétés d'armement, il n'est plus discipliné pour lui-même; il devient une opération de plus en plus inféodée au trafic commercial. Nécessairement le côté commercial de l'exploitation prend le dessus sur la direction tech-

1) GOLDSCHMIDT, *Storia Universale*, p. 265; voy. *infra*, n° 120.

nique, et est exercé généralement par des connaisseurs de la mer choisis sous la responsabilité du capitaine. Pour ne pas laisser la sécurité des expéditions à l'arbitraire du capitaine, les Basiliques contiennent certaines mesures qui toutes concernent une seule personne, le *nauclos*.

C'est ainsi que le pilote qui n'était imposé autrefois qu'exceptionnellement, devient indispensable pendant tout le voyage ; son absence constitue une faute très grave qui engage la responsabilité personnelle du chef de l'expédition¹.

De même c'est le capitaine qui répond du fait d'avoir navigué à une période de l'année réputée dangereuse².

Enfin, c'est lui qui est présenté comme étant responsable des délits de l'équipage³.

Malgré les changements survenus dans les rapports entre les parties, la conservation et la garde de la marchandise étaient envisagées encore sous leur aspect classique. Seulement au lieu d'être mises à la charge de l'armateur, elles engagent maintenant la responsabilité personnelle du *nauclos*⁴.

Des quelques exemples que nous venons de donner, on voit comment le capitaine garde la position que lui assignait un droit formaliste, celle de principal débiteur de l'exécution du contrat de transport.

91. — L'infiltration d'un nouvel esprit d'association dans la structure individualiste du droit romain, le compromis entre une réalité envahissante et une réglementation solidement échafaudée, se résume plutôt dans le triomphe de cette dernière, dans le droit byzantin.

L'antagonisme entre les parties engagées dans l'expédition continue à se produire même dans les normes récentes; celles-ci

¹) Bas., liv. LIII, tit. 1, ch. 1, PARD. I, p. 173.

²) Bas., eod., 2, 4. — La navigation n'était pas ouverte toute l'année, elle était suspendue de novembre jusqu'en mars. Le droit romain n'avait imposé aucune règle en cette matière, les navigateurs observant cet arrêt par prudence. Au contraire, au moyen-âge cette coutume devient un élément d'appréciation de la responsabilité et même une règle impérative de droit et de police de la navigation.

³) Bas., eod., tit. 1, ch. 31. Cf. R. ZENO, op. cit., p. 87.

⁴) Bas., eod., ch. 6.

visent une seule personne — le chef de l'expédition, le *naucleros*.

Cet antagonisme s'explique sans doute d'abord parce que le capitaine réalisait dans une bonne mesure l'expédition pour son propre compte. Mais il s'explique aussi par l'intérêt juridique que présentait le capitaine pour viser l'ensemble des opérations qui toutes convergent vers la réalisation de l'expédition. Cette double explication prendra une signification particulière dans un autre monument juridique, moins fidèle aux influences du droit romain et qui reflète mieux la situation économique du transport maritime.

III

Le droit maritime coutumier

1) Remarques sur la terminologie dans les compilations Rhodiennes

Devant les conditions spéciales du trafic maritime l'ancienne codification s'est révélée insuffisante à régir la nouvelle vie commerciale. C'est alors que la coutume s'ingénie à édifier peu à peu une réglementation dont le plus puissant reflet est la compilation que nous allons étudier.

92. — Puisque la terminologie nous a été si utile dans les études antérieures pour déterminer la position des parties dans l'entreprise, nous allons lui consacrer les premières lignes pour examiner ensuite quelle est la situation du capitaine de navire et en quoi elle se différencie de l'état du droit consigné dans les Basiliques.

La Compilation Rhodienne¹ ne se sert plus pour désigner le *magister navis* d'une expression propre, — *Pisticos*, — comme le faisaient les Basiliques lorsque le capitaine de navire

¹) Cette collection a trois parties, les règles de droit privé y contenues sont groupées dans la troisième. Sans mention expresse les chapitres cités se référeront donc à cette partie.

devait être opposé à l'armateur¹. Dans un seul passage pourtant il est fait mention du *Pisticos* (Ch. XII), mais alors ce dernier n'est investi d'aucune des attributions du capitaine de navire².

Par contre l'expression de *naucleros* que les Basiliques paraissent, au premier abord, réserver à l'armateur, y est employé régulièrement dans le sens de *magister navis*. Et cependant cette expression ne se réfère pas uniquement à la situation de capitaine de navire. En effet, dans certains chapitres l'expression est mentionnée au pluriel : *naucleroi* (Ch. VII et XX), elle se rapporte dans ce cas au chef de l'équipage — peut-être un des officiers employés sur les navires d'un tonnage plus élevé pour assurer la direction technique. Mais la même expression se réfère aussi à plusieurs capitaines qui conduisent le navire en personne (Ch. XVI). (Ce qui d'ailleurs devait être une situation assez courante étant donné l'étroite collaboration existant entre les parties).

Dans certains chapitres, *naucleros* est opposé au propriétaire du navire dont il est le préposé ; les chapitres VIII et XXVI parlent ainsi d'un *naucleros* à qui on a confié le navire. Il serait plus exact de caractériser sa situation comme étant celle d'un débiteur de la restitution du navire.

Mais le plus souvent le *naucleros* s'identifie avec les intérêts du navire comme étant le véritable chef de l'expédition³).

Enfin, quelquefois le capitaine est compris dans le terme qui désigne d'habitude l'équipage : *nautai* (Ch. XXXV).

Il y a donc dans la terminologie de ce recueil la même incertitude qu'on a rencontrée dans les Basiliques, avec cette différence que l'expression de *naucleros* tend à désigner de plus en plus une même personne représentant dans l'expédition maritime tous les intérêts de ce que nous appelons l'armement.

¹) C'est ce qui nous incite davantage à croire que l'expression servait plutôt pour représenter une situation de droit appartenant au passé, tout au moins dans la mesure où il s'agissait d'un pur rapport de préposition. Voy. Supra n° 87, s.

²) Cf. ASHBURNER, *op. cit.*, p. CXXXI.

³) Les Ch. XIX, XXIV, XXXIII, XXXVIII, XLI. Dans ce cas un auteur ancien (Vinnius) l'appelle directement « Exercitor » (Cité par PARD. I, p. 229). Il y a là un travail semblable à celui des jurisconsultes classiques qui ont transporté les obligations du capitaine sur la tête de l'armateur.

2. — *L'intérêt du Naucleros dans l'expédition*

93. — Et maintenant quelle est au juste la situation du *naucleros*? La réglementation des rapports juridiques entre un armateur et un capitaine fait presque complètement défaut parce que le plus souvent le capitaine jouit dans l'exercice de son métier de la liberté d'un véritable entrepreneur. Aussi nous ne connaissons que deux chapitres où le capitaine est déclaré responsable vis-à-vis de l'armateur, personne différente de *naucleros* et se trouvant hors du navire.

Dans le chapitre VIII, le capitaine à qui on a confié un navire et un chargement, s'enfuit avec toute cette fortune; s'il n'a pas de quoi dédommager ses propriétaires, il sera tenu de travailler pour rembourser la valeur des choses détournées. De même dans le chapitre XXVI le capitaine est responsable du dommage arrivé au navire à la suite de son absence à bord pendant la nuit. On pourrait peut-être voir aussi dans le chapitre XXXVII la mention d'un capitaine ayant des intérêts distincts de ceux de l'armateur s'identifiant ici avec le navire. En effet, la distribution de la prime de sauvetage doit se faire entre trois intéressés : le *naucleros*, le navire et l'équipage.

De ce que nous venons de dire une conclusion nette s'impose: le droit rhodien ne connaît pas une responsabilité de l'armateur ou du propriétaire distincte de celle du *naucleros*; celui-ci mobilise tout l'intérêt juridique de la réglementation coutumière.

94. — Généralement le capitaine est déclaré responsable en même temps que l'équipage, les deux notions de *naucleros* et de *nautai* étant en étroite liaison. La solidarité qui existait entre les participants à la même expédition est si puissante qu'elle produit une véritable confusion d'intérêts, ce qui permettait de désigner le capitaine et l'équipage par la même expression de *nautai*. Cette communauté d'intérêts est confirmée en outre par les chapitres qui mentionnent expressément le droit de l'équipage de participer aux bénéfices de l'expédition (Ch. XXXVIII).

95. — Mais c'est surtout la réglementation des rapports juridiques existant entre le capitaine et les chargeurs, qui apparaît toute imprégnée de l'esprit nouveau. Une nouvelle distribution de risques fait de ceux-ci de véritables associés, obligés par conséquent à partager la bonne ou la mauvaise fortune de l'aventure. Cette nouvelle répartition des risques imposée par l'insécurité qui menaçait l'expédition s'accomplit dans un cercle plus large encore, englobant même les prêteurs à la grosse, qui, tout comme autrefois à Athènes, ne se contentent plus de stipuler de simples intérêts, fussent-ils très élevés, et préfèrent souvent obtenir une part des bénéfices de l'expédition, augmentant par là leur chance de gain mais courant en même temps des risques plus grands.

Il est évident qu'à la suite de cette collaboration, le droit du prêteur de surveiller l'activité du preneur dépasse les limites du contrôle exercé habituellement par un créancier. D'autre part, les intérêts élevés, ou la part des bénéfices stipulés augmentent la responsabilité du prêteur sinon pour en faire un véritable associé¹ du moins pour apporter le plus actif stimulant à l'expédition : le crédit.

3. — *Les chargeurs et la gestion de l'expédition*

96. — Maintenant que nous avons donné un aperçu de la complexité des intérêts engagés dans l'expédition, nous allons voir par qui est assuré la gestion de l'expédition pendant le voyage, et le caractère social de cette gestion, comme émanant de toutes les parties se trouvant à bord du navire.

Pour déterminer le rôle des chargeurs une remarque préalable s'impose. Dans tous les textes où il s'agit d'eux ils sont considérés comme étant toujours présents, accompagnant le navire partout et parfois prenant part aux décisions les plus importantes concernant la navigation. Leur présence à bord a même fait l'objet

¹) Cf. E. U. PAOLI, *op. cit.*, p. 47 et s.

d'une réglementation spéciale; ainsi, dans la partie de la Loi Rhodienne concernant la police à bord, on voit minutieusement déterminé l'emplacement¹ qu'un marchand pouvait occuper sur le navire (Ch. IX), les devoirs à observer pour ne pas mettre en péril la sécurité du navire (Ch. 10), et même la quantité d'eau qu'il sera en droit d'exiger chaque jour (Ch. XII).

97. — Les chargeurs ont un double intérêt à accompagner les navires. Comme le plus souvent ils se sont procuré les marchandises avec de l'argent emprunté à la grosse², ils sont tenus par le contrat même intervenu entre eux et le capitaliste de protéger le plus fidèlement possible les intérêts de ce dernier. En abandonnant les marchandises, en les confiant simplement à un transporteur, ils failliraient donc à leur obligation formelle de surveiller personnellement le chargement.

En deuxième lieu leur propre intérêt leur dicte de procéder de la sorte. Très souvent les marchandises qu'ils ont chargées pour se livrer à la spéculation représentent toute leur fortune ou tout leur espoir de s'enrichir. L'insécurité de la navigation, les dangers d'infidélité de la part des navigateurs et surtout l'incertitude de la direction à suivre, voilà ce qui les oblige à voyager avec leur marchandise.

98. — a) L'instabilité des débouchés déterminait quelquefois les marchands à prendre la décision de faire escale dans un lieu autre que celui fixé primitivement avec le *nauclos*. C'est pourquoy en général la plus grande latitude était prévue quant aux escales. Mais s'il y a un nolisement par écrit dans lequel le voyage est précisé rigoureusement, les marchands ne garderont plus la fême faculté, ils seront responsables de tous les dommages arrivés au navire à la suite d'une escale faite sur leur ordre et qui ne serait pas mentionnée dans l'acte de nolisement

¹) 3 coudées de longueur et 1 de largeur. Comme on voit le confort dans ce temps était bien réduit; le repas ne devait pas être non plus très abondant car les marchands devaient obtenir la permission du patron pour frire du poisson (Ch. XII).

²) Voy. E. BENSA, Histoire du contrat d'assurance au moyen-âge, trad. J. VALÉRY, Paris 1897, p. 13-14.

(Ch. XXXVIII). Le capitaine à son tour n'a pas le droit d'aborder à un endroit sans nécessité justifiée et s'il le fait, il engage sa responsabilité vis-à-vis des chargeurs, et est tenu de réparer tout préjudice survenu à la suite de son acte (même chapitre).

b) Leur présence à bord des navires est surtout nécessaire pour les soins à donner aux marchandises pendant le voyage et cela surtout lorsqu'il s'agit d'objets fragiles que l'eau de mer pourrait gravement avarier.

En cas de tempête, le capitaine est tenu d'avertir les marchands que leurs biens sont en danger (Ch. 34), et de mettre à leur disposition des prelaris pour les protéger. Par là le capitaine se dégage de toute responsabilité et si les marchands ont négligé d'aviser aux mesures indiquées, ils ne peuvent s'en prendre qu'à eux-mêmes.

c) Enfin, leur présence est nécessaire pour le cas où il y a lieu de prendre des mesures dans l'intérêt de l'ensemble de l'expédition. Pour éviter les pertes inutiles et surtout les discussions ultérieures, les chargeurs, d'une part, contrôlent les biens sacrifiés, et d'autre part apportent leur adhésion à l'acte du capitaine. C'est ainsi qu'en cas de jet, ils sont les premiers appelés à sacrifier leurs biens (Ch. XXXVII) ; ce premier jet qu'on retrouve dans presque tous les recueils du moyen-âge, remplissait-il peut-être le rôle d'une formalité, ou plutôt d'une preuve que les parties ont consenti à tous les actes de sacrifice.

4. — *La responsabilité des chargeurs*

99. — Mais les chargeurs ne sont pas que des gardiens de leurs biens, ils collaborent directement à l'exécution du transport. A cet effet ils sont consultés par le capitaine sur l'opportunité de certaines mesures ; leur décision est plus qu'un simple avis dépourvu de responsabilité, c'est un véritable acte de gestion qui entraîne une lourde responsabilité.

En s'opposant à ce que le capitaine procède à un jet, les char-

geurs seront tenus de supporter tous les dommages qui peuvent arriver aux autres intéressés: capitaine et équipage (Ch. IX).

100. — Cette vie en commun, cette présence permanente de toutes les parties dont on trouve les traces dans tout le droit rhodien, la participation active des chargeurs à la gestion du patrimoine social, tout cela a préparé une distribution des risques plus étendue encore.

L'expédition poursuivait un but lucratif auquel tout le monde collaborait et où les chargeurs avec leur initiative et leur crédit, font presque figure de commanditaires. Ils ont provoqué l'expédition. Le fret fixé au début par le capitaine a plutôt le caractère d'un projet provisoire de dépenses que d'un prix forfaitaire pour exécuter un transport. Toutes dépenses excessives, tous sacrifices exorbitants justifient une nouvelle répartition.

En dehors d'une volonté démontrée de prendre sur soi les risques d'une décision¹, les dépenses engagées, comme les dommages arrivés par suite d'un événement fortuit doivent faire l'objet d'une répartition entre tous les intéressés (Ch. IX, XXVII, XXXI). Cette règle essentielle représente la séparation tranchée entre le droit nouveau et l'héritage romain.

101. — Etant tenu de supporter une si grande partie de risque, les chargeurs devaient prendre toutes sortes de précautions avant de risquer leurs biens et leur vie dans une expédition. C'est pourquoi la Compilation les avertissait qu'il est prudent de se renseigner sur la qualité de l'apport de l'armement, et cela surtout lorsque la marchandise à transporter était d'une grande valeur (Ch. XI).

Lorsque le navire est manifestement vieux, ou insuffisamment pourvu de personnel, aucune réclamation ne sera reçue con-

¹) Dans le chapitre IV les marchands s'opposent à ce que le capitaine aborde à un endroit infesté de pirates. Le chapitre XXII prévoit un cas d'affrètement total, le capitaine veut surcharger le navire à son bénéfice; la protestation des marchands pour l'empêcher ayant eu lieu en présence des trois témoins a la valeur d'un acte formel qui déterminera la responsabilité des parties.

tre le capitaine, — les vices apparents du navire étant sensés être connus par les marchands et délibérément acceptés par eux.

A la lumière de ces recommandations le transport apparaît plutôt comme une entrée en société que comme le résultat final promis par un entrepreneur de transports; c'est donc au marchand de débattre avec le capitaine le statut de cette association¹.

Ces dispositions témoignent ainsi qu'une série de conventions devait avoir lieu afin d'établir avec précision les obligations respectives des parties et de quelle façon elles entendent les exécuter. Nous verrons par la suite avec quel luxe de détails les cités italiennes vont réglementer les obligations de l'armement quant aux fournitures de matériel et à la qualité du personnel.

5. — *L'antagonisme entre le Naucleros et les marchands*

102. — Les affaires de l'expédition se règlent d'après les normes de la société, et les rapports entre les parties engagées dans une expédition sont des rapports d'associé à associé. Cependant un antagonisme s'établit entre le *naucleros* et les marchands. Le droit grec avait rendu ces expressions presque indissolubles : *naucleros* et *emporos*, — le moyen-âge les a séparés. Solidaires en ce qui concerne les risques de la navigation (Ch. IX, XXXI), les parties se séparent de nouveau lorsqu'une faute a été commise par l'une d'elles (Ch. XXIV, XXVIII, XXIX, XXXVIII).

Bien que le plus souvent la responsabilité pèse à la fois sur le capitaine et sur l'équipage, néanmoins la personnalité du premier se dégage avec une certaine netteté pour concentrer sur elle toutes les obligations de l'expédition.

Pendant le voyage il est tenu de prévenir les chargeurs quant aux mesures à prendre pour préserver les marchandises; à défaut de cette précaution, il sera tenu de réparer tous dommages arrivés au chargement (Ch. XXXIV).

¹) Voy. DAREST, *La Lex Rhodia*, précitée, p. 437, note 1.

C'est au *naucлерos* qu'on devait déposer les objets précieux, car si un passager ou un marchand les confie à un autre co-chef du navire, ils ne pourront se plaindre ni de vol, ni d'abus de confiance (Ch. XII)¹. Le rôle joué par le prêt dans l'antiquité et dans le moyen-âge donne à la responsabilité du capitaine pour la conservation des objets précieux ou de l'argent un caractère de gravité particulière, la conservation de ces objets étant toujours pour le capitaine une source de responsabilité personnelle.

Cependant cette disposition de la Compilation Rhodienne se présente déjà comme une première tentative pour alléger la responsabilité personnelle du capitaine, car en exigeant que les objets soient déposés entre ses mains, le capitaine pouvait mieux assurer leur sauvegarde².

103. — Mais c'est surtout dans l'exécution des obligations de transporteur que le capitaine fait figure de débiteur direct vis-à-vis des chargeurs.

Le nolisement du navire est fait par le capitaine (Ch. XXIII) et la responsabilité découlant de cette convention pèse sur lui comme sur un véritable transporteur.

Si les marchands louent le navire en entier, le capitaine perd le droit de le surcharger pour son propre compte; le fait de passer outre à cette prescription malgré la protestation formelle des marchands, est considéré comme une faute grave rompant le pacte social et obligeant le capitaine à supporter tous les dommages arrivés à la suite d'un jet que cette surcharge du navire a rendu nécessaire (Ch. XXIII).

Lorsque le navire a une voie d'eau, le capitaine est tenu d'assurer le transport des marchandises à l'endroit convenu. A cet effet, il doit réparer le navire et s'il n'est pas réparable, il doit

¹) DAREST, *op. cit.*, p. 437, note 2.

²) U. E. PAOLI, *op. cit.*, p. 35 et s.

s'en procurer un autre afin d'exécuter l'obligation assumée comme transporteur (Ch. XLI)¹.

Dans cette disposition, on aperçoit un précédent à notre article 296 du C. Com. Seulement à la différence du code moderne la Loi Rhodienne met le supplément des frais engagés par le capitaine pour louer un autre navire, lorsque le premier navire était irréparable, à la charge du capitaine. C'est une solution qui contraste beaucoup avec l'esprit de cette loi (Ch. IX) ; l'inavigabilité étant arrivée par force majeure, le supplément de fret devrait être réparti entre tous les participants à l'expédition. Le *naucle-ros* supportant seul ce supplément de fret prend par là la figure d'un véritable entrepreneur obligé de faire parvenir à destination une quantité de marchandises pour un prix forfaitaire.

Le *naucle-ros* comme directeur de l'expédition doit veiller à ne pas conduire le navire dans un endroit infesté de pirates; et lorsqu'il est prévenu d'un pareil péril par les marchands et les passagers (ce qui formera une preuve indiscutable de sa faute), il répondra de tout le préjudice souffert par ceux-ci (Ch. IV).

104. — La prépondérance du capitaine dans l'expédition se manifeste non seulement par la responsabilité encourue, mais encore par un certain pouvoir de police.

L'autorité du capitaine à bord, son pouvoir disciplinaire ont été gravement diminués pendant le moyen-âge². Le peu de connaissances techniques qu'exigeait la navigation en ce temps-là, mettait tous les participants à l'expédition sur un même pied d'égalité.

Pendant le Haut Empire, lorsque le capitaine était le représentant d'un entrepreneur puissant ou même lorsqu'il armait le navire avec des esclaves soumis à sa puissance directe, son auto-

¹) Ce chapitre cité d'après DAREST (op. cit., p. 145) porte le n° 42 dans l'édition d'ASHBURNER (p. 116). Ce dernier auteur fait remarquer que la solution indiquée dans la loi rhodienne non seulement qu'elle est contraire à l'esprit de cette loi, mais elle est très peu sûre, car la rédaction du texte permet facilement une interprétation contraire (supplément de fret à la charge de l'affrèteur). Cf. ASHBURNER, p. CCVIII Comp. PARD., I, p. 326, note 1.

²) WEBER, *Die Schiffsgewalt des Kapitäns und ihre geschichtl. Grundlagen*. Diss. Bonn. 1907, p. 64 s.

rité était assurée sans difficulté. Mais à l'époque où nous nous plaçons, le commandement imposé par la supériorité économique avait disparu, le navire appartenant à un grand nombre de marins qui assuraient ainsi directement son exploitation. Nous avons vu en outre que souvent ils ont besoin pour les frais d'armement de faire appel à plusieurs prêteurs en leur accordant une part de bénéfices dans leur entreprise et en leur donnant ainsi le droit de contrôler la gestion du patrimoine social.

Enfin, le plus souvent l'armement du navire n'avait lieu qu'à la suite de l'initiative des marchands qui avançant les sommes nécessaires aux préparatifs du voyage se réservaient en même temps le droit d'en surveiller l'emploi. Toujours est-il que leur avis est demandé lorsqu'il s'agit de prendre des mesures ayant des répercussions sur l'avoir social. Très souvent les marchandises sont fournies par ceux-là même qui gèrent le navire (Ch. XXVII).

Dans une telle exploitation il était fatal que régnât l'anarchie la plus complète. Cependant la navigation exige un commandement ferme, des décisions promptes, une discipline sévère. La Loi Rhodienne apporte à peine quelques remèdes à cet état de choses en fixant certaines règles pour assurer un minimum de sécurité à bord : le patron doit interdire à tous ceux qui sont à bord de faire du feu sur le navire (Ch. X) ; il doit empêcher les marchands de fendre du bois (Ch. XI) ; pour éviter de gaspiller les provisions d'eau potable et de mettre en danger la santé des compagnons, le patron en distribuera une certaine quantité par jour à chaque passager (Ch. XII).

105. — D'après les indications fournies par la Compilation Rhodienne, le capitaine devait être aussi celui qui avait la part la plus importante dans le navire, celui qui était le plus amplement intéressé à la réussite de l'expédition¹.

C'est ainsi que dans la distribution des bénéfices qui avait

¹) Longtemps le navire a été désigné par le nom de son capitaine, ASHBURNER, *op. cit.*, p. CLV.

lieu après l'expédition, le capitaine recevait une quote part plus importante que tous les autres participants, sans toutefois que cette différence entre lui et les autres hommes de l'équipage soit assez élevée pour constituer une source abondante d'autorité¹.

106. — Malgré ce nivellement entre le capitaine de navire et les autres participants à l'expédition, la personnalité du capitaine garda nécessairement un certain relief. Les conditions de la navigation même appelaient un chef pour réaliser une certaine unité de direction, élément indispensable pour la sécurité et même pour la réalisation normale d'une expédition. L'anarchie à bord d'un navire marchand au moyen âge ne pouvait donc pas enlever au capitaine tout relief. Les quelques dispositions mentionnées plus haut le prouvent suffisamment.

Et cette supériorité est d'autant plus élevée qu'elle est davantage alimentée par la responsabilité que la Loi Rhodienne fait peser sur le capitaine. L'absence d'un armateur unique dans l'organisation de l'expédition², la difficulté technique de préciser la responsabilité de ce qui peut être réuni sous la notion d'armement, a rendu nécessaire une concentration de la responsabilité sur la tête de celui qui s'identifie le plus avec l'exploitation du navire, c'est-à-dire sur la tête du *nauceros*. Car malgré le lien social qu'occasionnait l'expédition, malgré l'union étroite entre le navire et la cargaison, il n'en est pas moins vrai que celle-ci était destinée à se séparer un jour du navire. Or, cette séparation mettait en jeu une question de partage qui ne pouvait pas se réaliser sans une certaine simplification, sans un certain groupement d'intérêts.

Enfin, pendant le voyage le capitaine a pu commettre des fautes graves, il a pu surtout s'opposer à une volonté sociale. Ses actes modifient le jeu normal des risques. Le capitaine les a pris

¹) Le timonier, le pilote, le charpentier et le chalutier touchaient une part et demie de bénéfices, un homme de l'équipage une part, et le capitaine deux parts. DAREST, *op. cit.*, p. 447.

²) Prenant de plus en plus l'initiative des expéditions, le capitaine élimine presque entièrement la personne de l'armateur dans l'organisation de la nouvelle responsabilité. Cf. FR. BASILIO, *Origine e Sviluppo del nostro diritto marittimo*, Trieste 1914, p. 8. — BRUNETTI, *op. cit.*, I, p. 112.

en vertu de son pouvoir d'organisateur, de professionnel de la mer, de chef de l'équipage, de copropriétaire du navire ; les conséquences de ses actes doivent être supportées par lui et par ceux au nom desquels il a agi.

Seulement son activité est suivie directement par les marchands; ceux-ci surveillent la fidélité du capitaine, ils constatent la gravité du danger encouru, l'opportunité des mesures prises. Le droit nouveau s'attache surtout à discipliner les rapports entre les parties présentes, à mettre fin à des contestations qui se débattent nécessairement entre le capitaine et les chargeurs. C'est à la suite de ces pratiques que le capitaine devient la pièce maîtresse de la nouvelle responsabilité.

CHAPITRE III

LA PERIODE MEDITERRANEEENNE

I

Influence des Facteurs Politico-Economique sur l'élaboration du droit maritime.

107. — La décadence politique de l'Empire d'Orient fut accompagnée d'une désorganisation commerciale profonde; le monopole du commerce oriental passa petit à petit des mains des Byzantins dans celles des villes maritimes situées au centre et à l'occident du bassin méditerranéen. Parmi les causes qui ont entraîné cette suprématie des villes italiennes pendant les premiers siècles de notre millénaire, sans doute, le grand mouvement des Croisées, est la plus importante. En effet les Croisades établissent un courant puissant des transports vers l'Asie mineure, entraînant ainsi toute une armée de trafiquants en quête de débouchés.

Déjà les pèlerinages avaient entretenu un contact permanent entre l'Orient et l'Occident par la voie des mers¹, route qui, bien qu'infestée de pirates et de corsaires, resta encore le moyen le plus sûr et le plus praticable pour franchir les grandes distances².

1) « Consuetum iter, quod erat per fretum maris », RAOUL GLABER, I, III, ch. 1, cité par N. JORGA, Histoire des Croisades, Paris, 1924, p. 12, note 1. — GOLDSCHMIDT, Storia Universale, p. 201.

2) GEORGES YVER, Le Commerce et les Marchands dans l'Italie Méridionale au XIII^e et au XIV^e siècles, Paris, 1903, p. 133. PARD., II, p. CVIII.

Tandis que les villes tyrrhéniennes, comme Pise, Gênes, Amalfi eurent à lutter avec les incursions arabes jusqu'à la fin du XI^e siècle³, l'Adriatique profita d'une certaine paix qui permit à Venise et aux autres ports adriatiques⁴ de monopoliser presque tout le trafic maritime entre le monde germano-romanique et le monde grec. Formées à l'école du grand trafic byzantin, les villes de cette partie de l'Italie arrivèrent bientôt à une prospérité et une puissance d'extension qui leur assura la domination de la mer. Cette activité intense gagna ensuite les autres villes italiennes⁵ et s'étendit au reste du bassin méditerranéen, au midi de la France et aux côtes espagnoles.

108. — Les conditions politiques et économiques du Moyen-Age amenèrent une transformation des méthodes dans l'exploitation maritime, transformation dont nous avons déjà enregistré le reflet à l'occasion de la Compilation Rhodienne. Sous l'influence de ce code coutumier et sous la pression des nécessités de tous les jours se forma dans les villes maritimes du bassin méditerranéen de nombreux usages destinés à organiser la nouvelle vie commerciale.

Les règles générales du droit étaient insuffisantes à régir cette vie commerciale intense groupée autour du navire; la nécessité d'arriver à des solutions précises et d'un emploi facile fait naître toute une série de normes privées ou de mesures de police. Le chargement du navire, l'arrimage, le lestage, sont des préoccupations qui se retrouvent sans cesse dans les statuts maritimes du Moyen-Age⁶.

109. — Les dangers de la navigation déjà si grands au début du Moyen-Age s'aggravent maintenant avec l'apparition de la course et de représailles — presque tous les Etats donnant des licences

3) N. JORGA, *op. cit.*, p. 23.

4) Ancona, Bari, Cattaro, Curzola, Pesara, Raguza, Ravena, Rimini, Spalata, Trani, Zara.

5) V. pour Gênes : G. I. BRATIANO, *Recherches sur le commerce génois dans la Mer Noire au XIII^e siècle*, Paris, 1929.

6) E. BESTA, *Storia del Diritto Italiano*, « Statuti comunali marittimi », Milan, 1925, t. I, p. 664 s.

aux particuliers pour armer leurs navires et pour suivre ceux de l'Etat rival ; c'est un moyen de faire la guerre (la course) ou d'obtenir réparation d'un préjudice (les représailles). Bien plus, les Sarrasins cherchaient dans la piraterie et le pillage une source normale de revenus⁷.

Devant cette insécurité des mers, les parties cherchent la sécurité dans la solidité des navires et l'armement des marins. C'est pourquoi les contrats d'affrètement de cette époque ne manquent pas de mentionner avec un luxe de détails⁸ étonnant les aggrés que le navire doit avoir, les cordages, le nombre des marins, le nombre d'armes à fournir à ceux-ci, en un mot tout ce qui est nécessaire pour que le navire affronte les dangers de la mer.

Les villes maritimes se font l'écho de ces besoins, et prennent une série de mesures destinées à assurer le plus de sécurité possible.

Tandis que la Loi Rhodienne se contentait de conseiller une diligence spéciale aux marchands qui voulaient transporter une cargaison de valeur (ch. XI), les statuts de Spalat (VI, 61), de Zara (IV, 5, 6), l'Ordonnance de Barcelone, énumèrent les armes qu'il faut avoir, en prescrivent la nature (boucliers, casques, arbalètes, épées), indiquent le nombre des marins qui doivent être armés, et certains statuts⁹ vont même jusqu'à imposer aux marchands de se munir eux-mêmes d'armes¹⁰. Enfin pour prévenir les conflits, les statuts déterminent les obligations des parties pendant tout le cours des opérations qu'implique le transport par mer : le lestage, l'arrimage¹¹, le chargement, la distribution des places à bord... L'intervention des villes dans l'industrie du transport

7) L'art *pyratice* n'avait rien de déshonorant, cf., G. I. BRATIANO, *op. cit.*, p. 55.

8) ...« Et Marinari sex in arte maris et doctis sufficienter et convenienter armatis ». MAS LATRIE, *Traité de Paix*, p. 39.

9) L. BLANCARD, Documents inédits sur le commerce de Marseille, 1884-1885, t. II, p. 305. — Statut de Marseille, Liv. IV, Ch. 19, MERY GUINDON, t. IV, p. 111.

10) St. Zara, IV, 7, 12 ; Ancona, Rub. 79, PARD., VI, p. 607, et V, p. 180.

11) St. Marseille, liv. IV, Ch. 20, MERY GUINDON, *loc. cit.*

a fait de ces dispositions de police de véritables obligations découlant de plein droit de tout affrètement.

Cette intervention a été d'autant plus complète, que les villes maritimes se confondaient davantage avec les riches corporations de marchands et de navigateurs. En effet, l'organisation politique des Etats étant l'oeuvre de ces corporations puissantes, les pratiques suivies sont absorbées par l'Etat et deviennent le droit de la cité¹².

110. — Dans cette élaboration l'influence du droit romain n'a pas cessé de se faire sentir sur la formation du droit maritime statutaire; elle a toutefois été indiquée avec moins de force, à cause du caractère savant de ce droit, qui le rend peu accessible aux praticiens.

En outre, une sorte d'influence souterraine mais puissante a été exercée par la coutume commerciale qu'alimentait le droit vulgaire qui s'est perpétué en Italie malgré les invasions¹³ et qui suivait un courant de pratiques internationales d'origine helenico-orientale¹⁴.

A cela il faut ajouter enfin l'influence incontestable du droit canon qui, intervenant d'abord comme élément d'ordre politique, finit par étendre sa compétence aux rapports privés. C'est surtout la *Decretale Navigandi* de 1236 qui, prohibant le prêt à la grosse aventure comme usuraire, eut une répercussion décisive sur l'évolution des négoce juridiques destinés à assurer la collaboration du capital et du travail¹⁵.

Le droit élaboré sous l'influence de ce complexe de facteurs devait les satisfaire tous afin d'écarter tout ce qui pouvait entraver le développement du trafic maritime. Mais il répondait surtout au besoin de sécurité qui se traduit pratiquement par la limi-

12) J. ESCARRA, *Principes de Droit Commercial*, t. I, N° 6.

13) Les barbares ont été obligés de recourir aux institutions commerciales des Romains, car s'ils avaient un droit de famille, ils manquaient d'un droit des affaires. Cf. HUVELIN, *Manuel*, II, p. 113.

14) J. ESCARRA, *op. cit.*, N° 7. — ZENO, *op. cit.*, p. 15, s.

15) DESJARDINS, *Introduction*, p. 45. — Pour transgresser cette interdiction, la participation des capitalistes est désignée comme un prêt gratuit : *mutuo gratis et amore*. (Acte du 22 Août 1874, G.-L. BRATIANU, *op. cit.*, p. 308).

tation des risques. Le statut juridique de cette limitation est la principale tâche du droit maritime méditerranéen.

II

L'Exploitation maritime au Moyen Age

1. — *Les sociétés commerciales et le rôle du capitaine*

111. — L'impossibilité pour un entrepreneur seul d'assumer les risques du voyage a obligé tous ceux qui avaient besoin de déplacer leurs marchandises à participer à l'expédition. La nouvelle forme d'exploitation qui en résulta se concrétisa dans cette règle fondamentale des Compilations Rhodiennes: la répartition de tous les risques de l'expédition entre tous les participants.

L'individualisation des parties engagées dans une pareille expédition s'estompe; la personne de l'armateur se voile complètement. Tout ce qui reste de l'ancien antagonisme romain entre les intéressés à l'expédition se concentre sur le *nauclerus*.

Ce chef d'expédition prend une importance de plus en plus grandissante; il devient le moteur du trafic maritime. Depuis la construction du navire et jusqu'aux derniers préparatifs du voyage, tout est le résultat de son activité coordinatrice.

Il provoque d'abord une concentration de capitaux pour la construction du navire¹⁶. Très souvent il dirige lui-même les travaux de construction en engageant des ouvriers et en choisissant les matériaux.

Comme son apport représente d'habitude la plus grande partie du navire, il se réserve par là même le droit d'en assurer la gestion. Une fois le navire achevé, il fait de nouveau appel aux capitalistes pour couvrir les frais d'armement¹⁷.

16) V. infra, n° 124.

17) CRESP et LAURIN, Cours de droit maritime, Paris, 1876-1882, I, p. 314.

Enfin, il choisit ses compagnons, le plus souvent en faisant d'eux de nouveaux associés¹⁸.

Pour rassembler la cargaison du navire le capitaine peut s'adresser aux marchands qui veulent voyager avec leurs marchandises. Mais il peut aussi recevoir les marchandises avec mission de les vendre à destination ou sur une autre place propice¹⁹ et de se procurer avec le prix d'autres objets pour le retour.

Quelquefois un capitaliste confie au capitaine une somme d'argent pour la faire fructifier dans les spéculations de marchandises afin de partager le bénéfice qui en résulte²⁰.

Lorsque le capitaine est déjà propriétaire d'une partie du navire²¹, les autres propriétaires lui confiaient leurs parts pour les exploiter et partager les bénéfices.

D'autres fois le propriétaire du navire le confie à un capitaine qui n'apporte dans cette affaire que sa seule réputation de spéculateur et de navigateur éprouvé²².

112. — Ces pratiques présumaient chez le capitaine à côté des capacités de navigateur, des qualités d'homme d'affaires, lui permettant de répondre à la confiance et aux espoirs de tous ceux qui se sont associés plus ou moins ouvertement à l'exploitation du navire. Bien plus, le capitaine de cette époque est surtout commerçant. C'est par ses dons de spéculateur, par son crédit personnel²³, qu'il a provoqué cette union autour du navire. Son prestige et son intérêt dans l'entreprise²⁴ couvrent toute son activité; il appa-

18) Dans la Colonna, le capitaine devait déclarer avant l'expédition la part respective de chaque participant. Table d'Amalfi (ch. 4, 10, 46). TWISS, Mon., IV, p. 6, 8, 30.

19) L'association qui se formait entre les participants à une telle opération est indiquée dans les documents raguzants sous le nom d'« Entega ». BRUNETTI, op. cit., I, p. 137.

20) SALEILLES, Etude sur l'histoire des sociétés en commandite. An. Dr. Com., 1895, n° 12.

21) St. de Raguse, VII, 18.

22) V. un exemple dans BLANCARD, I, p. 14.

23) Dans la « Collegantia », le capitaine, le « procentas », apportait un tiers du capital commercial qu'il s'obligeait à « laborare et procentare ». Cf. BRUNETTI, I, p. 138.

24) Généralement le capitaine recevait un quart de bénéfices; c'est pourquoi l'association qui se formait entre les participants à l'expédition s'appelait « Societas ad quartam proficui accomendacio » (St. de Pera, III, ch. 210, St. d'Ancone, rubr. 50, PARD., V, p. 115), cf. BRUNETTI, I, p. 140.

rait ainsi seul devant les tiers qui ne peuvent connaître que lui.

Ses pouvoirs ne sont limités que d'une façon indirecte, dans la mesure où il doit un compte fidèle aux bailleurs de fonds, aux participants à l'expédition. Le lien existant entre ceux-ci et le capitaine avait reçu cependant une appellation qui résumait toute l'utilité économique du négoce, sans toutefois laisser entrevoir sa véritable nature juridique : la « *commande* »²⁵.

En effet, la société qui se formait entre le capitaine et les capitalistes se présentait au début comme « un apport unilatéral de capital » tenant à la fois du mandat²⁶, du prêt et du dépôt. Ce n'est que la participation des capitalistes aux bénéfices de l'affaire qui donnait à ceux-ci en même temps la qualité d'associés.

Vis-à-vis des tiers, les biens apportés par les associés se confondent avec la fortune du capitaine, le lien social restant enfermé dans le cercle restreint des intéressés à l'entreprise. Au premier abord les associés peuvent même se réclamer du statut de prêteurs²⁷ toutes les fois que leurs intérêts sont mis en danger par l'action des créanciers de l'entreprise, et ce n'est que dans le cas où leur apport consiste dans le navire même qu'ils seront tenus d'accepter d'emblée la priorité de ces créanciers.

Cependant cette confusion ne se produit plus entre les membres de l'association, et le capitaine reste débiteur des biens confiés et des profits réalisés.

Les commanditaires conserveront la propriété de leurs biens ; ils en supporteront les risques de perte. Mais si la perte a été totale le capitaine ne peut plus se libérer vis-à-vis de ses associés en prouvant simplement la cause fortuite de l'événement, il doit en

25) Appelée aussi Rogadia ou Rogantia, à Raguze; Implicita, à Gênes; Accomandisia, à Pise et à Marseille. Pour les différentes théories sur l'origine de la commande. Voy. HENNEBICQ, *Principes de Droit maritime comparé*, vol. I (l'Armement), p. 16. GOLDSCHMIDT, *Storia universale*, p. 201, s. — Sur la nature et l'influence de la commande dans la formation de la responsabilité en droit commercial, voy. : A. FREMERY, *Etudes de Droit Commercial*, p. 30 à 210; ROMAIN DE SEZE, *La Responsabilité des propriétaires de navire*, Paris 1883. Et surtout l'Etude de SALEILLES, précitée. Une bibliographie complète des travaux récents on trouve dans WILHELM SILBERSCHMIDT, *Le droit commercial avant et après L. Goldschmidt*, *Rev. Hist.*, 1934, p. 643.

26) On a exagéré l'emploi de la notion de société pour analyser la nature juridique de la commande, négoce dominé plutôt par l'élément mandat. Cf. W. SILBERSCHMIDT, *op. cit.* p. 651.

27) SALEILLES, *Etude précitée*, n° 22.

autre prouver que son apport personnel a été détruit par le même événement²⁸.

Lorsque la perte n'est que partielle, elle sera distribuée entre tous les participants, proportionnellement à leur apport respectif²⁹.

Comme tout associé, le capitaine est tenu de mettre en commun sans exception les gains réalisés au moyen des biens reçus en « commande »³⁰.

La mort du commanditaire ne dissout pas la société, par contre la mort du capitaine fait nécessairement cesser la société.

113. — Le directeur de la navigation apparaît seul devant les tiers qui ne peuvent connaître que lui³¹. Il a d'ailleurs des pouvoirs très étendus, se comportant en véritable maître qui n'est débiteur que de la part des biens confiés et du bénéfice promis. Même dans le cas où le capitaine est choisi par la majorité des propriétaires du navire et reçoit un salaire fixe³², comme un simple préposé, ses pouvoirs ne sont pas davantage limités que lorsqu'il fait figure d'entrepreneur. En effet, il est considéré comme capable de faire tout ce que les propriétaires eux-mêmes peuvent faire, cela en vertu de sa double qualité d'agent direct de cette majorité, et de commerçant³³.

Il loue le navire aux affrêteurs³⁴, il engage les dépenses qu'entraînent les réparations du navire³⁵, enfin il a une liberté entière de prendre toute décision en vue de réaliser l'expédition. Nous le rencontrons dans ce rôle de préposé dans la coutume de Bari sous le nom de « *Praepositus* », et dans le statut de Phara, de Raguze et de Spalat, sous le vocable de « *Suprapositus* ».

28) St. Raguze, VI, ch. 55; et St. Spalat, VI, ch. 37. — Cette manière d'apprécier la responsabilité du capitaine fait conjecturer que la « commande » trouve son origine dans le dépôt irrégulier (ASHBURNER, op. cit., p. CCLXXXIX), institution perpétuée par le droit vulgaire italique et dont la persistance est évidente dans plusieurs institutions commerciales du Moyen-Age. — ZENO, op. cit., p. 77, note 1; SALEILLES, Etude précitée, N° 9. — comp. GOLDSCHMIDT, Storia, p. 202.

29) Almaric 112, dans BLANCARD, I, p. 311; et Almaric 486, BLANCARD, II, p. 62.

30) Almaric 112, BLANCARD, I, p. 311.

31) Datio ad portandum in compagna, — Constitutum Usus de Pise, ch. 55. PARD., IV, p. 569.

32) St. Tiepolo, ch. 39 ; cf. ASHBURNER, op. cit., p. CCXXXIX.

33) St. Raguze, VII, ch. 17 ; et St. Bari, fr. 118.

34) Table d'Amalfi, ch. 7, TWISS, Mon. IV, 6.

35) Table d'Amalfi, ch. 19 et 27; ibid., p. 14, 18.

L'effet de ces pratiques est qu'à la différence du droit romain, les engagements pris par lui ne sont opposables aux propriétaires que s'ils ont accordé au capitaine en dehors du navire un pouvoir spécial de les obliger indéfiniment. Les tiers ayant en général devant eux le maître même de l'affaire, ne peuvent pas compter sur le crédit d'un armateur qu'ils ignorent complètement et qui ne se révèle qu'au moment où son intérêt est mis en danger par l'action des créanciers de l'entreprise. Les statuts ont consacré cet état de choses en protégeant ceux qui se sont fiés à la réputation d'un commerçant et d'un organisateur. Pour que les tiers puissent rattacher les actes d'un capitaine à un armateur, il ne suffit donc plus de faire appel au principe de l'action exercitoire, il faut prouver en outre la dépendance juridique du capitaine. Au surplus le prêt à la grosse étant regardé comme un acte d'entrée en société³⁶, les prêteurs ne pouvaient pas prétendre au delà du patrimoine social et de la responsabilité du gérant. C'est ainsi que l'*Officium Gazariae* (Ch. 95, PARD., IV, p. 520) demande une « *spéciale mandatum in publico strumento* », pour tenir l'armateur responsable des emprunts contractés par le capitaine. L'armateur répondra indéfiniment seulement en vertu de ses actes personnels ou en vertu d'un mandat formel conféré au capitaine. Mais en dehors d'une activité directe on ne peut pas poursuivre les propriétaires même lorsque le capitaine avait exactement la position juridique du *magister navis*.

114. — D'ailleurs cette subordination n'est qu'exceptionnelle à l'époque où la *commande* prend une grande extension dans les pratiques commerciales, c'est-à-dire à partir du XIII^e siècle lorsque l'interdiction du prêt à la grosse par l'église et la défense faite aux nobles de professer le commerce, faisait de la *commande* le seul moyen de faire fructifier l'argent et d'assurer ainsi la collaboration entre le capital et le travail.

Le plus souvent le patron, et cela même quand on lui confie le navire en entier, entendait l'administrer d'après sa seule initia-

36) Les travaux de CESSI (Note per la storia delle Società di commercio nel medioevo in Italia, Rivista ital. per le Scienze giur., t. 59, 2, p. 18) ont démontré la conjonction du *Nauticum foenus* avec la participation. — V. SILBERSCHMIDT, op. cit., p. 652.

tive sans subir aucune ingérence de la part du propriétaire, réduit ainsi au rôle d'un simple participant à l'expédition. Vis-à-vis des tiers surtout, le capitaine apparaît comme le seul animateur de l'entreprise. Il concentre en sa personne la double qualité de capitaine et d'armateur. Sa responsabilité personnelle et illimitée est le résultat direct de son métier, de la confusion existant entre ses biens et les biens de ses associés. Enfin, une forte participation aux bénéfices de l'expédition³⁷ donne à cette responsabilité personnelle une assiette économique réelle.

2. — *La gestion de l'expédition*

115. — La direction de l'expédition se réalise sous la responsabilité directe du capitaine, appelé généralement *patronus*³⁸. Seulement pour la conduite technique du navire et pour certaines attributions commerciales, le capitaine s'aidait de plusieurs officiers.

L'esprit d'association qui a présidé à la formation de l'expédition est venu marquer d'un certain relief les officiers employés par les patrons sur les navires du Moyen-Age.

116. — Le *Naucleros*. — Tandis que les Compilations Rhodiennes et les Basiliques réservent cette expression au chef de l'expédition, au capitaine, les autres documents du Moyen-Age ne l'emploient en ce sens que d'une façon exceptionnelle³⁹, désignant communément par là un des officiers préposé à la conduite strictement technique du navire⁴⁰.

Les différentes variantes sous lesquelles se retrouve cet officier ne laissent aucun doute sur leur communauté d'origine. On

37) Cette part est de moitié dans le Statut d'Ancone (ch. 7, 10, 44). PARD., V, 123, 125, 154, et dans l'*Ordinamento di Trani* (ch. 10 et 12); elle n'était que d'un quart à Venise et à Amalfi; ou d'un tiers à Raguze (VII, Ch. 50). Dans l'*Entega raguzane* ce tiers était attribué à la fois au capitaine et à l'équipage. Cf. BRUNETTI, I, p. 137.

38) Dans un seul document de Pise on l'appelle « *Capitaneus* ». *Constitutum Usus*, rubr. 22 et 23. PARD., IV, 569; GOLDSCHMIDT, « *Storia* », p. 209.

39) *Nauclerius* ou *Naucherius* dans le ch. 76, *Breve Curiae Maris* de Pise, BONNAINI, III, p. 404.

40) Dans une charte-partie de 1251, le navire « *Paradisus Magnus* » devait être muni de deux *Naucleri*. MAS LATRIE, *Traité de Paix et de Commerce et documents divers...*, p. 122.

l'appelle *nocher* en Italie⁴¹, *naucher*⁴², *nocter*⁴³ ou *nocchiero*⁴⁴ en Espagne et dans le Midi de la France. Ces expressions viennent toutes du *naucleros*. Cependant, son rôle dans l'expédition, l'étendue de sa responsabilité ne sont plus les mêmes que dans la Loi Rhodienne.

En général, le *naucleros* est un des chefs de l'équipage participant aux décisions prises par le comité de bord imposé par certains statuts pour arrêter les mesures les plus graves. D'autre part, il est chargé de certaines manœuvres comme le mouvement des voiles, ou de certaines opérations comme l'arrimage des marchandises. En outre, il dirige les opérations délicates comme les entrées et les sorties de port, l'accostage. Son rôle se cantonne donc surtout dans le domaine technique⁴⁵. De véritable chef de l'expédition s'identifiant avec le navire jusqu'à lui donner son nom, le *nauclerus* devient par la suite le technicien soumis à l'autorité directe du patron. Il s'en suit que le *nauclerus* n'assume plus la responsabilité de l'expédition ; ses fautes, ses erreurs étant couvertes par la responsabilité du patron, envers lequel il répondra comme tout préposé envers son commettant.

117. — Cependant, une certaine responsabilité professionnelle donne à cet officier un relief marqué. En dehors de l'intérêt qu'il peut avoir dans le navire, le *nauclerus* est tenu d'une façon plus directe envers les marchands à la suite du serment qu'il a prêté de remplir ses obligations avec fidélité. C'est ainsi que, dans une charte-partie conclue à Pise en 1263, nous voyons le *nauclerus* soumis à l'obligation de prêter serment qu'il surveillera et qu'il défendra le navire et le chargement⁴⁶.

41) Ord. Trani, ch. 14, 15, 23. PARD. V. p. 241, 242, 244. — A. JAL, « Nocher », Glossaire nautique, Paris, 1850.

42) PARD. VI, p. 21.

43) Consulat, ch. XVII et LXXIX.

44) L'Ordonnance de Barcelone de 1256... « Lo Nochieri per commandar la via ». MAS LATRIE, Commerce et Expéditions Militaires de France ou de Venise au Moyen âge, Mélanges historiques, Paris, 1880, III, p. 124.

45) Son rôle vis-à-vis du capitaine est peut-être mieux fixé par l'expression employée dans les ports de l'Océan : « contre-maître ».

46) Le même serment est prêté par les autres officiers comme l'Ecrivain et le Camerarius. Le capitaine y est aussi soumis :... « Scribanus, Nauclerius et Camerarius ».

Le serment a joué sans doute un rôle important dans la formation de la responsabilité des participants à l'expédition. Le prestige exceptionnel qui entourait cet engagement pris devant Dieu, laisse planer sur tous ceux qui l'ont prêté une véritable présomption d'impartialité, leur donnant une position intermédiaire entre l'armement et les chargeurs.

En vertu de ce serment le *naucher* sera tenu de dire la vérité aux marchands sur l'utilité des mesures arrêtées par le capitaine⁴⁷. Enfin pour écarter toute supiscion de partialité de la part du *naucerus* les chargeurs obtenaient le droit de le choisir. Dans ce cas, celui-ci apparaît à la fois comme le préposé du patron et des chargeurs⁴⁸.

118. — *Le Scribanus*. — De simples comptables engagés par le patron pour alléger ses fonctions, le *scribanus* est devenu un véritable officier public, soumis à une responsabilité professionnelle strictement réglementée. Il tient un registre — *quaderno* — qui fait foi comme tout acte notarié jusqu'à inscription de faux. L'indépendance de ce *scribanus* a été d'autant plus nécessaire pour sauvegarder les intérêts du chargeur que le plus souvent le navire était dirigé par le patron même.

Dans son registre l'écrivain inscrivait toutes les marchandises chargées, et consignait les décisions les plus importantes des marchands et du patron. Par les inscriptions qui y étaient faites, certaines décisions prises en pleine mer obtiennent la valeur de véritables conventions obligatoires pour tous les participants à l'expédition. En général les mentions dans le registre devaient être faites dans les ports; exceptionnellement on permettait de consigner les délibérations prises par les marchands et les patrons quand au jet et aux autres sacrifices destinés à sauvegarder l'aventure.

jurent ad Sancta Dei Evangelia custodire salvare et defendere navim et ejus correda et caricum nullam ibi fraudem committendo vel malitiam... » Charte-partie du 10 Août 1263, Pise, navire « Bonaventure », MAS LATRIE, Traité de Paix, précité, p. 41.

47) Consulat, ch. 60.

48) Charte-partie de 1263, précitée ; cf. BRUNETTI, I, p. 116.

L'autorité de ce registre est tellement grande que même les corsaires s'en servent. C'est ainsi que pour confisquer valablement la marchandise facile à transborder, mais appartenant à un char-geur sujet d'un pays ami et partant insusceptible de faire l'objet d'une représaille, les corsaires inscrivent dans le *quadernus* l'échange de ces marchandises avec d'autres de bonne prise, comme appartenant aux marchands sujets d'un pays ennemi⁴⁹.

3. — *De responsabilité du transporteur*

119. — Dans l'exploitation sous forme d'association, le transport proprement dit n'est qu'un élément secondaire confondu dans l'ensemble de l'opération commerciale. Le capitaine qui prend de de l'argent de différents capitalistes, fournit lui-même la cargaison du navire. Même lorsque les marchandises étaient directement confiées par leur propriétaire, la mission du capitaine consista d'abord à procurer un profit aux marchands, et ensuite seulement à réaliser un transport. Le transport maritime apparaît alors comme une modalité d'une opération commerciale, plus proche de nos ventes maritimes que du contrat d'affrètement d'aujourd'hui.

Enfin même lorsque le capitaine s'oblige à transporter les marchandises accompagnées de leur propriétaire, il s'associe aux bénéfices que ceux-ci réalisent⁵⁰.

Ainsi organisé, le transport n'est plus envisagé sous son aspect dynamique — comme un résultat promis par un entrepreneur — mais bien dans ses éléments constitutifs pris séparément : une place sur le navire, les services de l'équipage, la fidélité et les services du capitaine.

Le navire surtout forme l'objet d'une série de stipulations destinées à assurer sa qualité, le nombre exact des agrès et des

49) MAS LATRIE. *Mélange historique*, L. III, p. 123, s.

50) Sur le même navire pouvaient exister plusieurs associations entre le patron et les différents marchands, comme dans l'*Entega* de Raguze. cf. BRUNETTI, I, p. 137.

voiles (combien en coton et combien en chanvre)⁵¹, le nombre des mâts, la composition de l'équipage, les connaissances des marins et leur capacité de résistance aux attaques des pirates.

120. — Cette abondance de détails, au lieu de garantir davantage les chargeurs, crée une diffusion de la responsabilité, une répartition des risques très large se traduisant par la scission de l'unité juridique du contrat de transport. Le transporteur ne prend plus en charge les risques du voyage en bloc, chaque opération faisant l'objet d'une recherche particulière de responsabilité⁵². Le patron promet un navire bien équipé et en bon état pour supporter la mer, des bons marins et c'est tout⁵³. Pour obtenir une surveillance étroite de leurs biens, les chargeurs montent dans le navire et contrôlent les manœuvres. Deux de leurs représentants sont appelés à prendre part aux décisions que le comité de bord arrête dans les circonstances les plus graves⁵⁴. Enfin pour s'assurer l'aide de l'équipage en cas de sauvetage, les marchands exigent un serment de fidélité de la part des marins et du capitaine.

Les actes qui établissent de pareilles conventions ont plutôt le caractère d'un statut de société que d'un contrat de transport. Véritable acte de constitution de l'expédition, la charte-partie donne aux chargeurs le droit à ce que le navire conserve ses accessoires tels qu'ils ont été prévus par les conventions. Le reflet de ces pratiques se trouve dans presque tous les statuts maritimes, qui abondent en dispositions défendant au patron d'aliéner les agrès du navire sans le consentement des chargeurs. Pour les

51) Charte-partie du « Paradisus Magnus », du 1^{er} Août 1251, citée par GIUSEPPE CANALE, Nuova Istoria della Repubblica di Genova, Firenze, 1858-1860. t. II, p. 580.

52) *Officium Gazarie*, ch. 100, PARD., IV, p. 458 ; St. Marseille, liv. IV, ch. 20. — Table d'Amalfi, ch. 44 et 59. TWISS., Mon., IV, p. 28, 40. La responsabilité de la custodia n'est plus qu'un souvenir du droit romain. Capit. Naut. Venise, ch. XLII, PARD., V, p. 40.

53) « Quod dictam navim bene conciam, calcatam, preparatam et fornitam duobus arboribus bonis, sanis, integris, fornitis sarsiis et omnibus oportunis munitionibus ; ... Charte-partie du 10 août 1263, MAS LATRIE, Traité de Paix précité, p. 39.

54) Ce comité prévu dans presque tous les statuts était composé de 5 membres. On voit par là l'importance de la décision des marchands dans la direction du navire. Voy. BRUNETTI, op. cit. I, p. 113.

mêmes raisons la composition de l'équipage ne peut être modifiée par la volonté unilatérale du patron. Comme le plus souvent l'équipage est aussi associé aux résultats de l'expédition, il doit être de même consulté pour tout changement dans les agrès et autres appareils du navire⁵⁵.

121. — Dans une exploitation où les considérations de personnes ont une si grande importance, le patron qui a promis de transporter une certaine quantité de marchandise est tenu d'assurer en personne l'exécution du contrat, sa présence formant un des éléments constitutifs du négoce juridique. Ce rôle du capitaine déterminera une série de pratiques qui se retrouveront même plus tard lorsque le capitaine ne sera plus qu'un simple préposé de l'armement.

La responsabilité du transporteur telle qu'elle avait été établie par les conventions de *receptum* a ainsi fait place à une responsabilité complexe, découlant d'une série de négoce juridiques qui tiennent à la fois de l'association, du mandat et du louage de chose. Conglomérat formé d'autant d'éléments que le transport implique d'opérations, la responsabilité du transporteur s'édifie sur la personne de celui qui réalise le trait d'union entre ces opérations, depuis la préparation de la coque⁵⁶ jusqu'au déchargement de la cargaison.

Nous allons mieux saisir encore la portée de cette évolution dans un recueil de coutumes qui représente une deuxième étape de cristallisation du droit maritime au Moyen Age, dans le *Consulat de la mer*⁵⁷.

55) St. Zara, IV, ch. 13 ; Spalat, VI, ch. 62 ; Capitulaire Nauticum de Venise de 1255, art. 48, PARD., V, p. 34.

56) « Calcare, conciare », Les statuts d'Ancone (ch. 4), de Spalat (VI, 45), de Zara (IV, 74), présentent le capitaine comme celui qui répond du dommage arrivé à la cargaison par mauvais calfatage, et cela sans pouvoir se décharger en apportant la preuve que la perte est due à un événement fortuit. En ce sens sont aussi les statuts de Raguse (VII 6), de Phara (V, 1). cf. ASHBURNER, p. CXCVIII, s.

57) En considérant la Loi Rhodienne comme formant la première étape.

III

Le Consulat de la mer

122. — L'intense vie commerciale développée autour du navire amène la création de nombreux tribunaux habilités à connaître des affaires maritimes. Non seulement les nationaux profitaient ainsi d'une juridiction spécialisée⁵⁸ mais les étrangers aussi jouissaient par ce moyen du droit d'être jugés d'après les usages de leur pays. A cet effet, les capitaines de navire étaient tenus d'avoir à bord une copie des coutumes observées dans leur ville⁵⁹.

Le contact permanent entre les personnes animant le commerce maritime, la pénétration rapide des pratiques étrangères par leur application internationale, a préparé l'unification des règles suivies dans tout le bassin méditerranéen. Cet acheminement du droit maritime vers son unité organique est signalé dans une compilation privée du XIV^e siècle, d'une réputation universelle : *Le Consulat de la mer*⁶⁰.

Les institutions décrites dans ce recueil sont en voie de transformation, la diversité des sources — toutes les pratiques maritimes de cette époque y trouvent place⁶¹, et même les règles suivies dans l'Océan, car il est certain que les auteurs de ce code privé ont connu les *Rôles d'Oléron*⁶² — y est encore très appa-

58) Dès le XIII^e siècle il existait des Consuls à Valence et de Bayles à Montpellier. Ces juridictions s'appellent à Pise « Consulat de la mer », à Gênes « Officium Gazariae » : DESJARDIN, Introduction, p. 39, 47, 49 et 66.

59) Breve Curiae Maris de Pise, ch. 35 et 104 ; St. d'Ancone, Rub. 38, 47, 84. PARD. IV, 585 ; V, 114. Voy. ASHBURNER, p. CXXII.

60) Assez d'incertitudes règnent sur la date et le lieu de composition de ce recueil. Fait vraisemblablement pour l'usage d'un tribunal commercial de Catalogne, le Consulat a connu une très grande autorité jusqu'au XVII^e siècle, étant adopté comme coutume universelle. La rédaction a été l'œuvre de plusieurs, et provoquée peut-être par cela que les statuts maritimes dans leur majorité étaient rédigés en latin, langue peu répandue parmi les hommes d'affaires. cf. PARD., II, p. 18, s. ; DESJARDIN, op. cit., p. 60.

61) « Le Droit maritime tout entier à l'état d'archétype ». CRESP et LAURIN, op. cit., I, p. 13.

62) Pardessus retrace le chemin fait par la collection des lois de l'Atlantique. Apportés par les croisés, les Rôles d'Oléron sont signalés en 1266 à Castille, d'où ils sont passés en Aragon. PARD., I, p. 285 et 301 ; II, p. 29.

rente. Cependant, dans l'effort de systématisation, on sent un puissant souffle unificateur.

1. — *La prépondérance du capitaine dans l'entreprise maritime*

123. — Dès le début, le *Consulat* annonce qu'il sera traité de la responsabilité du capitaine ou du « *senyor de la nau* » vis-à-vis de tous les autres intéressés à l'expédition, c'est-à-dire les marchands, les matelots, les passagers et toutes les autres personnes qui se trouvent à bord. La primauté du capitaine dans ce droit est définitivement établie. L'intérêt que présentait encore pour les rédacteurs des *Basiliques*, l'armateur, personne différente de son préposé, a disparu presque complètement. Il ne s'agit maintenant que d'une seule personne sur laquelle s'échafaude toute la responsabilité de l'entreprise⁶³. Dans les propriétaires du navire (*personers*) on ne retrouve que très peu de traces de l'ancien *exercitor*, leur rôle dans l'exploitation maritime dépassant à peine l'intérêt d'un créancier ayant des droits sur le navire, ou plus précisément d'un associé exigeant une fidèle administration. Ainsi, tandis que l'armateur se situe sur le même plan secondaire que les chargeurs et les autres créanciers de l'entreprise, le capitaine concentre tout l'intérêt juridique de la responsabilité.

124. — Le rôle du capitaine dans la constitution de l'entreprise. — a) *La construction du navire*. — Le *Consulat* consacre toute une série de chapitres à la construction du navire et aux obligations respectives du capitaine et des participants.

Les capitalistes qui promettent un certain apport dans la société que le capitaine constitue pour la construction et l'exploitation d'un navire, sont tenus envers ce dernier de verser leurs souscriptions intégralement⁶⁴. A cet effet, le capitaine peut les contraindre en justice, ou, s'il préfère, il peut emprunter à la grosse sur la part des actionnaires défaillants (ch. 47 et 218).

63) *Consulat* : surtout les chapitres : 94, 184, 186, 227, 231, 239 in fine.

64) Conforme aux principes de la commande, la promesse de commande lie celui qui l'a faite de sorte qu'il est tenu de dédommager le preneur de tous les frais et engagements pris en considération de cette promesse (ch. 215).

A son tour, le capitaine est obligé de respecter la charte arrêtée avec les propriétaires et doit s'abstenir d'augmenter les dimensions du navire sans une approbation de la majorité des actionnaires⁶⁵ (ch. 50).

125. — *Les droits du capitaine découlant de la construction du navire.* — En prenant l'initiative de faire construire un navire le capitaine est présumé s'être réservé, comme un véritable fondateur, certains privilèges dont le plus important est certainement le droit de diriger la première expédition (ch. 55). Ce droit, qui représente une juste récompense de ses efforts, est moins fragile qu'on pourrait le supposer. Il est transmissible par succession, les héritiers du capitaine devant être consultés pour la nomination d'un nouveau chef de navire (ch. 264). En outre, il est sanctionné par la prohibition de provoquer la destitution du capitaine avant la fin du voyage. Enfin, pour assurer le respect de ce droit, d'une part, on a imposé aux actionnaires le devoir d'aviser le capitaine avant de céder leur part (véritable droit de préemption) et d'autre, on leur a défendu de provoquer la licitation du navire avant la fin du voyage⁶⁶.

La société étant censée constituée pour une seule expédition comme dans le temps où le navire était donné en *commande* (ch. 289), à la fin du voyage, la majorité des actionnaires pouvait retirer au capitaine la gestion du patrimoine social et désigner un autre administrateur (ch. 229), soit directement, soit en provoquant la licitation. Pour éviter surtout la licitation, le capitaine prenait soin de stipuler une clause interdisant aux actionnaires⁶⁷ l'exercice de ce droit.

126. — b) *L'équipement du navire.* — Lorsque le capitaine faisait appel pour compléter l'équipement du navire à des per-

65) Et lorsque la majorité en est favorable, les dissidents obtiendront des facilités de paiements ou de réduction de leur part proportionnellement à la valeur de l'apport promis (ch. 51).

66) Une fois commencée, l'expédition est considérée comme une société définitivement constituée et opposable à tout le monde (ch. 229).

67) Cette stipulation est très bien vue par le Consulat « car quelquefois la plupart des patrons sont forcés de faire des dépenses qu'ils ne veulent pas mettre sur le compte des actionnaires pour se les rendre favorables », ch. 56, trad. PARD., p. 63.

sonnes autres que les propriétaires, une nouvelle société s'ajoutait à la société formée par ces derniers. Le Consulat présume que l'association constituée pour la construction du navire s'est proposée en même temps d'en exécuter l'armement en empruntant le but commercial que le capitaine eut en vue lorsqu'il fit construire le vaisseau. La fusion de la qualité d'armateur avec celle de propriétaire se fera ainsi par l'activité du capitaine qui est censé avoir inscrit dans le pacte social un but toujours identique : le trafic maritime⁶⁸.

Après avoir équipé le vaisseau, le capitaine cherche les compagnons qui seront associés à l'expédition d'une façon plus ou moins complète⁶⁹.

Habituellement, il prend avec lui un écrivain qui le déchargera de la comptabilité du navire et qui le représentera dans certains achats nécessaires à l'expédition (ch. 239). Il jouit d'une liberté entière de nommer cet employé, et il ne fera intervenir les propriétaires que lorsque l'écrivain est un de ses parents (ch. 57).

Le capitaine rentre en même temps en contact avec les marchands qui veulent transporter une certaine quantité de marchandise pour l'écouler sur les places où ils espèrent trouver un bon gain.

Une fois le chargement effectué, le navire prêt à partir est considéré comme formant une société qui ne peut être poursuivie pour les dettes de ses membres, mais uniquement pour les dettes sociales⁷⁰ (ch. 278).

127. — Pendant le voyage, le capitaine, comme véritable maître du navire, prend l'initiative de toute une série de décisions qui viennent changer les risques primitivement assumés par les parties. Si une avarie menace le navire, il convient avec les char-

68) Cette présomption sera un élément déterminant pour la réalisation de l'unité juridique qu'acquerra plus tard l'entreprise de transport. On en trouve les traces dans les formules employées par les assureurs pour désigner l'assurance sur corps ; on y voit mentionnés distinctement le navire et les agrès.

69) Dans les Rôles d'Oléron, cette association était très étendue puisque, en cas de naufrage, les droits des marins se réduisaient à la valeur des objets sauvés (ch. 3).

70) Une disposition similaire se trouve dans la Coutume de Harlem de 1390, PARD., IV, p. 151.

geurs de supporter en commun les pertes survenues au vaisseau ou à la cargaison (ch. 198). Il peut même s'associer avec d'autres navires pour affronter les risques du voyage, les marchands ne pouvant refuser leur adhésion, sans un motif légitime (ch. 93).

Lorsque l'expédition a été capturée par les pirates ou par un Etat ennemi, le capitaine négocie le rachat (ch. 251, 232). Pour entretenir de bons rapports d'amitié avec les patrons des navires rencontrés en mer, le capitaine peut leur offrir certains cadeaux qu'il aura le droit de compter parmi les frais généraux de l'expédition (ch. 239, 287).

128. — A la fin de l'expédition, le capitaine en répartit les profits entre tous les ayants droit (ch. 288), tout comme dans le temps où le navire était donné en « commande ». A cet effet, il présente un compte fidèle de toute sa gestion sous peine d'être poursuivi sur tous ses biens, et d'en répondre même avec sa personne (ch. 221, 231, 240, 257).

Cette obligation, qui paraît si élémentaire lorsqu'on considère le capitaine comme un simple préposé de l'armateur, avait besoin d'être mentionnée d'une façon spéciale parce que le capitaine apparaît maintenant, au premier abord, comme le maître de l'affaire (ch. 242).

En associé fidèle, il communique tous les bénéfices réalisés avec le fonds commun. Il répond de la restitution du navire en bon état, tous dommages et toute perte dus à sa faute engageront sa responsabilité envers les propriétaires (ch. 239 *in fine*).

L'obligation de rendre compte après chaque voyage avait encore une autre utilité; elle était destinée à empêcher la fraude du capitaine qui aurait pu facilement se décharger de l'obligation de communiquer les profits réalisés dans les expéditions antérieures à la perte du navire en alléguant leur co-disparition (ch. 240).

Si le capitaine a pris soin d'avoir à bord un écrivain juré, il se décharge de tous devoirs de rendre des comptes, le caractère public de cette fonction réalisant les meilleures conditions d'im-

partialité (ch. 287).

Avec la distribution des bénéfices, la mission du capitaine est terminée, et la société est censée avoir atteint son but. Si une nouvelle expédition se prépare, celle-ci est considérée comme formant une nouvelle société nettement séparée de l'expédition antérieure.

2. — *Etendue de la responsabilité des actionnaires*

129. — Se contentant d'un simple bénéfice, et restant éloignés de la gestion du patrimoine social, les *quirataires*, comme tous ceux qui avaient un intérêt dans le navire, étaient à l'abri de toute poursuite pour les actes du capitaine, leur responsabilité se cantonnant à la valeur des biens englobés dans l'entreprise de ce dernier (ch. 58, 68).

Cependant, une précision s'impose pour la responsabilité des actionnaires. L'acquisition d'une part de navire engendre à la suite des présomptions de commercialité qu'accompagnent cet acte, une série d'obligations pour lesquelles les propriétaires peuvent être poursuivis sur toute leur fortune. Ce sont les obligations de verser intégralement la part souscrite (ch. 47) et de contribuer aux frais d'armement⁷¹ toutes les fois qu'il a été décidé une expédition — cette décision valant une nouvelle souscription de fonds. Et le capitaine pourra à la suite d'une pareille décision, dans son intérêt et pour couvrir sa responsabilité vis-à-vis des chargeurs, obliger les propriétaires à pourvoir le navire d'agrès et apparaux et à acheter les vivres nécessaires pour la nourriture de l'équipage (ch. 58 et 215).

Le refus des propriétaires lésant directement le capitaine donne droit à celui-ci de se procurer les sommes nécessaires en empruntant sur la part des propriétaires défaillants. Cet emprunt les obligera indéfiniment comme s'il avait été conclu avec leur

71) L'acquisition d'une part de navire est présumée faite avec l'intention de réaliser un bénéfice par la formation d'un fonds commun. cf. GRESP et LAURIN I, p. 338, s.

adhésion anticipée, remontant à leur entrée en société (ch. 239). Il y avait là, en outre, une question d'intérêt général car non seulement l'inexécution arbitraire des conventions entrave le développement du commerce et est, partant, répréhensible en elle-même, mais la sécurité des vies humaines en est menacée, le capitaine pouvant être tenté de réaliser l'expédition avec un navire insuffisamment équipé. Ce manquement à un devoir contractuel constitue ainsi une faute grave⁷² qui autorise le capitaine à procéder à une exécution directe par la voie de l'emprunt.

Mais s'il préfère plutôt partir avec le navire armé d'une façon incomplète que de forcer les actionnaires à fournir les frais de l'expédition, les chargeurs ne sauraient se prévaloir de la faute des actionnaires et poursuivre la réparation des dommages subis, directement contre ces derniers. Car, entre le préjudice éprouvé et le manquement des actionnaires s'est interposée une autre faute, celle du capitaine qui n'a pas satisfait aux obligations contractées envers les chargeurs (ch. 227). L'organisation de l'expédition étant son œuvre, c'est à lui d'en répondre, les propriétaires ne pouvant être tenus de la faute d'un entrepreneur qui avait, de plus, à sa disposition, le moyen pour se procurer les sommes nécessaires à une bonne organisation de l'expédition⁷³.

130. — Une fois que les propriétaires ont versé tout l'apport promis et que le navire a quitté le port, ils ne doivent plus rien, leur responsabilité est limitée à cette part d'associé qui pourra leur apporter un dividende important, comme elle pourra se perdre définitivement.

Si donc le capitaine est obligé de recourir à un emprunt pen-

72) Ch. 239, PARD., II, p. 225, note 2.

73) Dans une note (1) sous le chapitre 227, Pardessus considère que le Consulat limite la responsabilité des actionnaires pour les dommages arrivés au chargement par manque d'appareils, à la valeur du navire, par ce qu'aucune faute ne peut leur être reprochée. Par contre, lorsque le manque d'appareils est dû au refus des actionnaires de contribuer aux frais de l'expédition (ch. 239), ceux-ci seraient tenus indéfiniment de toute la perte subie par les chargeurs. Nous croyons qu'on ne peut pas compléter le ch. 227 avec les dispositions du ch. 239 ; le premier établit la responsabilité des actionnaires vis-à-vis des chargeurs, sans faire aucune distinction sur la cause qui a empêché le capitaine de faire face à ses devoirs de transporteur ; le deuxième concerne uniquement la responsabilité des actionnaires vis-à-vis des prêteurs. Dans ce cas seulement la faute vient élargir les pouvoirs du capitaine pour lui permettre d'engager la fortune de terre des propriétaires.

dant le voyage, cet emprunt sera remboursé par lui avec l'avoir social, c'est-à-dire avec le navire et les bénéfices réalisés, et, en cas d'insuffisance, avec sa fortune personnelle. D'ailleurs, la nécessité de recourir à un tel emprunt au cours du voyage n'apparaît le plus souvent qu'à la suite d'un événement fortuit — tempête, incendie, pillage — et alors les propriétaires ne peuvent plus être tenus de contribuer aux frais de réparation que s'ils veulent investir de nouveaux capitaux dans l'entreprise du capitaine (ch. 290), soit qu'ils ont promis d'avance de répondre à tout emprunt destiné à aider le capitaine dans son expédition, soit qu'ils interviennent à chaque appel de ce dernier (ch. 106).

131. — Cependant, le Consulat prévoit un cas où les propriétaires étaient tenus sur toute leur fortune du remboursement de l'emprunt contracté par le capitaine en cours de route; c'était lorsque l'expédition se trouvait dans un endroit où l'on ne pouvait pas trouver de crédit pour continuer le voyage (ch. 106, 107). Dans ce cas, le capitaine pouvait obliger les marchands qui accompagnaient la cargaison à lui avancer les sommes nécessaires soit directement, soit en monnayant une partie des marchandises. Et si les propriétaires du navire se trouvaient en même temps sur les lieux, ils devaient s'engager à restituer aux chargeurs les sommes avancées ou la valeur des marchandises vendues. Ainsi, aux sacrifices de ces derniers, il y avait, pour équilibrer les intérêts en jeu, un sacrifice corrélatif des propriétaires. En outre, leur présence sur le navire était une véritable immixtion dans la gestion de l'expédition, ils auraient engagé leur responsabilité illimitée en refusant de fournir leur crédit pour continuer le voyage.

132. — Les liens entre les membres de l'expédition se nouent à travers le navire (ch. 289) et par l'intermédiaire du capitaine, et non directement de personne à personne. Les chargeurs et les créanciers de l'expédition ne connaissent que celui-ci comme agissant en son nom propre et cachant derrière lui le groupe entier d'intérêts associés, y compris les propriétaires du navire. Car si le capitaine a un pouvoir général d'engager la société, il ne peut

cependant disposer de la fortune des gens qui ont acquis une partie de navire comme ils auraient acquis une action (ch. 289). Ils sont tenus personnellement de verser le montant de cette action avec les accessoires prévus par les usages, et c'est tout. Les dépenses faites en cours de route (ch. 227), les dommages que le capitaine a commis aux tiers, ne peuvent toucher les propriétaires qu'indirectement, et dans la mesure où l'avoir social a été compromis par la mauvaise gestion du patron, par sa négligence ou par sa faute (ch. 72 et 259).

Et même dans la limite du navire, les propriétaires ne sont tenus de respecter les conventions conclues par le capitaine que si les tiers ont obtenu une emprise plus directe sur l'avoir social. C'est ainsi qu'après la mort du capitaine les quirataires pouvaient reprendre le navire sans être obligés de respecter les affrètements qui n'ont pas encore reçu au moins un commencement d'exécution (ch. 264).

3. — *L'organisation des pouvoirs de l'armement.*

133. — Le capitaine exerçant le commerce d'abord pour son compte et en son nom, jouit de la plus grande liberté dans l'exercice de son métier. Cependant, le Consulat contient déjà une série de dispositions qui témoignent d'un premier effort pour organiser le droit de l'armement.

La plus grande partie de ces restrictions sont destinées à préciser la responsabilité du capitaine vis-à-vis des propriétaires⁷⁴, sans réfléchir sur les tiers.

Lorsque le navire a besoin d'être radoubé, le capitaine doit consulter les propriétaires présents (ch. 245) sans toutefois être tenu de s'incliner devant leur opposition. Certes, leur consentement

74) Ce souci d'établir la responsabilité du capitaine vis-à-vis des propriétaires s'observe davantage dans les Rôles d'Oléron. Pour dégager sa responsabilité concernant le choix du moment où il doit partir, le capitaine était tenu de consulter l'équipage (ch. II).

est décisif pour accroître le crédit personnel du capitaine, mais celui-ci doit tout faire pour exécuter les engagements pris envers les chargeurs, c'est pourquoi, lorsque les propriétaires refusent d'adhérer à ces actes, il peut recourir à un emprunt ou engager son argent personnel pour le compte de l'entreprise. A la fin du voyage, si l'expédition est insuffisante pour rembourser les prêteurs, le capitaine en sera tenu sur toute sa fortune sans qu'il y ait lieu de poursuivre les propriétaires.

De même lorsque le capitaine engage le navire pour un pays réputé dangereux (ch. 229), il est tenu d'en déférer au propriétaire sous peine de prendre sur lui tous les risques d'un pareil voyage. Mais si le capitaine a néanmoins affrété le navire pour une destination périlleuse sans consulter les propriétaires, ou bien malgré leur opposition, ceux-ci seront tenus de souffrir l'emploi que le capitaine fera de leur navire — le nolisement étant un acte normal de son métier de transporteur. Tout ce qu'ils peuvent exiger dans ce cas c'est d'obtenir une caution (ch. 229 *in fine*).

134. — Quelque grands que soient les pouvoirs de gestion du capitaine, sa liberté de disposer du navire s'arrête devant les actes qui vont contre le but même de l'exploitation et qui, de plus, sont incompatibles avec la promesse que le capitaine a faite de contribuer avec son industrie.

En premier lieu, c'est la vente du navire (ch. 255). L'aliénation de cette partie la plus grande du patrimoine social que représente le navire est interdit d'une façon absolue. Celui qui veut acquérir un droit aussi complet que le droit de propriété doit s'enquérir de la qualité de propriétaire du vendeur. Les tiers ne pourront donc pas se prévaloir de la vente que le capitaine leur a faite; elle n'est pas opposable aux propriétaires⁷⁵.

Un autre acte de disposition interdit au capitaine comme incompatible avec l'obligation d'administrer le navire en personne,

75) Cette interdiction se trouve dans tous les recueils coutumiers. (Oleron, ch. I).

c'est la dation du navire en *commande* (ch. 229 et 279). Mais, à la différence de la vente, cette défense n'est qu'une simple restriction à la libre exploitation du navire et partant non opposable aux tiers. Les propriétaires sont tenus de la respecter car le capitaine, ayant la détention de la chose, a pu valablement la transférer à un *tractator*.

Dans certains cas, les propriétaires sont même censés avoir donné leur consentement tacite à ce mode d'exploitation et d'être associés par là aux risques de l'opération en dégageant ainsi la responsabilité du capitaine. Il y a lieu de présumer un tel consentement lorsqu'ils ont confié la gestion du navire à un patron qui ne devait pas l'accompagner en personne, ou lorsqu'ils ont accepté la part de bénéfice résultant d'une pareille exploitation.

135. — Bien plus, le Consulat prévoit certaines circonstances qui autorisent le capitaine à confier le navire à un *tractator* sans encourir aucune responsabilité vis-à-vis des propriétaires, sauf le cas d'une faute démontrée ou d'un dol évident (ch. 218 *in fine*).

a) Lorsqu'à la suite d'une maladie le capitaine est obligé de quitter la direction du navire, le seul remplaçant solvable qu'il trouve pour achever le voyage n'accepte cette mission qu'en qualité de *tractator* (ch. 218).

b) Lorsque le capitaine a affrété le navire pour un endroit où l'on a à craindre des difficultés de la part des autorités, et qu'un *tractator* s'oblige à surmonter toutes ces difficultés (même chapitre).

c) Si le capitaine « était fiancé avant de fréter le navire et que ses amis le forçasse de se marier avant d'aller en voyage »⁷⁶.

d) Enfin, le capitaine se libère de l'obligation de diriger l'expédition s'il accomplit un vœu antérieur d'effectuer un pèlerinage — le devoir de piété passant avant tout engagement envers les hommes.

76) Il s'agissait sans doute d'un capitaine trop galant que ses amis rappelaient au devoir. En tout cas il faut reconnaître que l'amitié de ce temps-là comportait de bien curieux services.

136. — Dans la gestion même du navire, le capitaine a, en principe, toute la liberté d'action, en sa qualité de maître de l'entreprise. Cependant, même ici, le Consulat contient quelques directives qui restreignent dans une certaine mesure son indépendance.

Le capitaine doit supporter les risques de tous ses actes fautifs, les propriétaires pouvant exiger la réparation des dommages arrivés au navire (ch. 289). Il répond aussi de l'insolvabilité des chargeurs lorsqu'il n'a pas fait les diligences nécessaires pour récupérer le prix du transport, c'est-à-dire s'il n'a pas retenu⁷⁷ une quantité suffisante de marchandises pour garantir le paiement du fret. Mais si le capitaine a reçu des pouvoirs plus larges de gestion lui permettant l'emploi des sommes gagnées par le navire, on ne pourra pas lui reprocher d'avoir fait crédit aux marchands en libérant leurs marchandises avant le paiement du fret (ch. 270) car, en ce faisant, le capitaine a compté réaliser le meilleur emploi des profits et a pensé se conformer ainsi aux pouvoirs attribués. Pour éviter toute équivoque, les propriétaires peuvent mentionner explicitement l'octroi ou la défense d'un pareil pouvoir et si, malgré cette défense, le capitaine ne retient pas la marchandise, il prend sur lui tous les risques de l'opération. Par contre, s'il réalise de cette façon un gain il sera tenu d'en répartir le montant entre tous les associés (ch. 270 *in fine*).

Les quelques restrictions que le Consulat contient en faveur des propriétaires de navire n'entament pas beaucoup le rôle de maître du capitaine. D'ailleurs, leur nombre peu élevé montre l'importance secondaire des propriétaires dans l'exploitation du navire. Par contre, vis-à-vis des chargeurs, son activité est réglementée avec plus de précision, ses pouvoirs se trouvant constamment limités par la présence de ceux qui accompagnent l'expédition partout.

⁷⁷ Ch. 270. Ce droit de rétention fait l'objet de plusieurs chapitres d'une teneur un peu différente : d'après le ch. 60, l'écrivain peut exiger un gage suffisant consistant en marchandises (dans le même sens le Ch. 195). Le ch. 83 limite le droit de rétention à un quart de marchandises tandis que d'après le ch. 270 ce droit porte sur toute la cargaison.

4. — *Le rôle des chargeurs dans la préparation de l'expédition.*

137. — La responsabilité du capitaine envers les autres parties intéressées à la bonne réussite de l'expédition, et surtout envers les chargeurs, occupe la plus grande partie des dispositions du Consulat. C'est que les conflits issus du transport des marchandises sont bien plus nombreux et plus variés que ceux occasionnés par les rapports existant entre le capitaine et les propriétaires du navire. Tandis que ces derniers restent loin de l'exploitation du navire⁷⁸ et attendent un simple bénéfice, les chargeurs voyagent avec le navire, assurant la protection de leurs biens, partagent les risques de l'expédition et assument la responsabilité des interventions fautives ou inopportunes.

Et même lorsqu'ils confient le chargement au capitaine, c'est en général, avec mission de le vendre ou d'en réaliser une autre spéculation, et non seulement de le transporter à une destination déterminée d'avance avec précision.

Ces deux pratiques, l'intervention des marchands à la gestion de l'expédition et l'habitude de confier des marchandises à un homme d'affaire (ch. 89), ont laissé des traces profondes dans la formation de la responsabilité du transporteur. Cette responsabilité ne découle plus, comme autrefois à Rome, d'un fait unique : l'inexécution de la prestation promise, mais d'une série de manquements disséminés pendant tout le cours de l'expédition. Les qualités de l'emplacement loué sur le navire, la nature des services de l'équipage, le chargement, l'arrimage, le déchargement, les décisions les plus importantes en cas de péril, sont autant de conventions distinctes réunies seulement par leur but commun et par la communauté d'intérêt existant entre les membres d'une même expédition.

138. — Comme tout preneur de chose, le marchand doit constater d'abord l'état du navire et s'assurer de sa qualité. S'il man-

78) ...personers romanem per ventura sals en terra, Consulat, ch. 239.

que de le faire, il ne pourra rendre le capitaine responsable des vices apparents du navire (ch. 66).

L'équipement du navire forme l'objet d'une stipulation spéciale mentionnée dans un écrit ou dans une déclaration devant l'équipage et le *naucher* (ch. 83 et 92).

Cette stipulation a d'ailleurs un égal intérêt pour les chargeurs et pour le capitaine qui, en cas d'affrètement « à prix fixe », pourra faire contribuer les marchands à toutes les réparations rendues nécessaires au cours de l'expédition (ch. 188).

Ce n'est qu'en cas d'affrètement « au quintal » que le capitaine sera tenu d'engager seul les dépenses entraînées par les réparations ou achats, à condition toutefois que leur prix ne dépasse pas le double du prix normal au port de départ (ch. 190). Au delà de cette somme, les chargeurs seront tenus d'y contribuer.

Le capitaine répond indéfiniment pour tous les dommages arrivés à la marchandise par manque d'appareux⁷⁹ ou par l'emploi d'appareils défectueux (ch. 227 et 271). Cette responsabilité résulte de son engagement de transporteur qui lui est personnel. La coutume avait d'ailleurs mis à sa disposition le moyen de forcer les propriétaires de navire à fournir leur apport en l'autorisant à emprunter sur la part des propriétaires récalcitrants⁸⁰.

139. — Mais les marchands ne se limitaient pas à envisager d'une façon spéciale la qualité du navire et des agrès; les services de l'équipage et de ses officiers faisaient aussi l'objet de stipulations distinctes (ch. 61), car la sécurité de la navigation était souvent conditionnée par la diligence et la fidélité de l'équipage. Au surplus, les marchands exigeaient un serment spécial de la part du *naucher* afin que ce connaisseur des choses de la mer les renseigne avec exactitude pendant l'expédition sur l'opportunité des mesures proposées par le capitaine (ch. 62, 85, 106). Si on

79) C'est en vertu de cette idée que le capitaine était responsable des avaries produites par les rats s'il avait oublié de prendre un chat sur le navire (ch. 67 et 68).

80) Cependant ceux-ci ne pouvaient être poursuivis par les chargeurs même lorsque les dommages arrivés aux marchandises sont dus à l'insuffisance d'appareils. — Contra : PARD., II, p. 206, note 1.

tient compte aussi de ce que l'équipage sera le seul témoin des accords intervenus entre les parties pendant la traversée (ch. 99 et 224), on comprend combien était grand l'intérêt des chargeurs au maintien de l'équipage tel qu'il a été constitué au début de l'expédition. Aussi le consulat interdit au capitaine de renvoyer l'équipage ou le contre-maître sans le consentement des chargeurs (ch. 92).

Ce sont surtout les services du capitaine qui sont pris en considération par les parties. Souvent, ce capitaine n'est pas un spécialiste de la mer (ch. 250) mais un bon commerçant, homme d'autorité et de présence d'esprit — qualité bien plus précieuse que la possession des vagues connaissances de navigation exigées à cette époque pour la conduite d'un navire. C'est pourquoi le capitaine ne saurait, sans un empêchement sérieux⁸¹, se dérober à exécuter en personne le voyage.

Enfin, les chargeurs doivent surveiller le chargement de leurs biens et veiller à ce que l'écrivain les inscrive dans son registre sans quoi ils n'auraient aucun recours contre le capitaine pour les marchandises oubliées à terre (ch. 89). Ils ne peuvent exiger une diligence spéciale de la part du patron que lorsque celui-ci a pris les marchandises « sous sa garde et commande ».

L'obligation du transporteur de faire preuve d'une certaine diligence dans la surveillance des marchandises ne résulte plus, comme autrefois à Rome, d'une simple stipulation de restituer les biens confiés en bon état, mais d'une convention complexe « de garde et commande ». En vertu de cet engagement spécial, le capitaine était tenu d'effectuer le chargement comme si les marchandises lui étaient données en commande (ch. 73).

Tout comme le chargement, le déchargement fera l'objet d'une convention spéciale conclue soit avec le capitaine, soit directement avec l'équipage⁸².

81) Les mêmes causes de résolution que celles invoquées vis-à-vis des propriétaires, Voy. *supra*, n° 135.

82) Dans les *Rôles d'Oléron* (art. 10) les marchands doivent inspecter les appareils avec lesquels le capitaine veut faire le guindage et s'ils n'élèvent aucune protestation ils ne peuvent engager la responsabilité du capitaine ni celle de l'équipage.

L'arrimage n'incombe pas non plus de plein droit au capitaine, de même qu'il n'est pas compris dans une convention de chargement conclue avec l'équipage (ch. 114). Seulement, le capitaine est tenu de fournir les arrimeurs (ch. 75) et, s'il n'y en a pas, l'équipage peut être contraint à arrimer la marchandise, son refus étant un manquement au serment de fidélité et à l'obligation d'aide existant entre les participants à la même expédition (ch. 123).

A l'indépendance de l'arrimage par rapport à l'ensemble de l'opération de transport, correspond une responsabilité distincte. Ainsi, bien que le capitaine s'oblige d'exécuter l'arrimage, il ne répondra pas cependant de la faute des estiveurs, parce que ceux-ci sont censés avoir été engagés pour le compte des chargeurs (ch. 237).

140. — Une fois que les marchands ont placé leur marchandise dans le navire, l'expédition est définitivement constituée. Le chargement marque ainsi l'union entre la marchandise et le navire. Cette union est opposable à tout le monde, elle s'impose comme une société impose son activité aux tiers. Elle ne peut être détruite par une volonté unilatérale sans engager gravement la responsabilité de son auteur.

Le propriétaire du navire peut méconnaître tout engagement pris par le capitaine, mais il est obligé de s'incliner devant l'union entre les deux éléments qui constituent l'expédition. Même lorsque cette expédition a une destination dangereuse, sa volonté est impuissante à la détruire. La mort du capitaine ne change pas non plus la position des parties vis-à-vis de cette communauté, de sorte que les propriétaires qui veulent nommer un autre capitaine doivent se concerter avec les autres intéressés à l'expédition.

Le chargement joue ainsi le rôle d'une publicité rendant opposable aux tiers la communauté constituée entre le navire et le chargement.

5. — *Collaboration des marchands à la direction de l'expédition.*

141. — Le rôle des marchands ne finit pas avec la préparation de l'expédition; ils montent sur le navire et collaborent à la gestion de l'expédition (ch. 76).

La conservation des marchandises en cours de route, la surveillance des opérations de chargement, enfin la recherche des débouchés, sont autant de motifs qui rendent leur présence à bord indispensable. Le voyage des marchands avec leurs biens constitue même un élément qui rentre dans la formation du négoce juridique dans lequel sont arrêtées les conditions du transport. C'est pourquoi le marchand pourra rompre l'affrètement sans encourir aucune responsabilité lorsqu'une cause fortuite, comme la maladie, l'empêche d'accompagner en personne les marchandises (ch. 262). De même la mort du chargeur résilie l'affrètement, le capitaine ne pouvant en poursuivre l'exécution sur la succession que si le marchand est en même temps débiteur d'une somme d'argent ou d'une réparation civile, ou s'il existe une disposition testamentaire prévoyant l'exécution du transport. L'affrètement étant impuissant à transmettre par lui-même des obligations exécutoires sur la succession de l'affrèteur, s'analyse dans un véritable contrat *intuitu personæ* (ch. 262).

Même lorsque des motifs moins puissants, comme la crainte des pirates, empêchent les chargeurs d'accompagner leurs biens, ils peuvent, si tous sont d'accord, arrêter l'expédition et retirer les marchandises, toutefois sous la promesse d'exécuter les contrats plus tard lorsque le danger sera écarté (ch. 82).

142. — Mais l'intervention des marchands ne se limite pas à la gestion de la cargaison, elle concerne aussi la direction du navire qui s'exerce sous leur contrôle permanent.

Ils peuvent ainsi inspirer certaines manœuvres, comme ils peuvent s'opposer à certaines autres⁸³ que le capitaine voudrait

83) Lorsque le capitaine veut prendre à la remorque des radeaux ou autres épaves qu'il rencontre en mer, la défense des chargeurs le rend responsable de tous dommages causés par cette opération. (ch. 239). Dans un document du XIII^e siècle, on trouve une protestation formelle des marchands contre le patron qui prend une autre direction que celle convenue. A bord du navire, au large du Cap Spathe, 16 Nov. 1283, dans G. L., BRATIANO, op. cit., p. 316.

effectuer et qui aurait rendu ce dernier responsable. A leur tour les marchands répondront de toutes les conséquences néfastes de leur initiative (ch. 254)⁸⁴.

Le capitaine a d'ailleurs tout intérêt à associer les marchands à ses actes, car par là il répartit les risques que comportent ses décisions entre tous les participants à l'expédition. En procédant ainsi lorsqu'il s'agit de jeter l'ancre dans un endroit dangereux, le capitaine oblige les marchands à supporter une partie de la perte survenue (ch. 109).

D'habitude cette partie était calculée proportionnellement à la valeur respective du chargement et du navire ; par exception, lorsque les marchands avaient un intérêt plus grand à l'exécution de cette manœuvre, par exemple dans le cas où l'expédition était en danger d'être prise par les vaisseaux ennemis, le navire ne contribuait que pour la moitié de sa valeur (ch. 109).

Les chargeurs peuvent inspirer une manœuvre quelconque en s'obligeant à supporter les risques de l'opération (Ch. 195). Lorsque l'échouement du navire est inévitable, le capitaine peut s'entendre avec les marchands et « associer le navire aux marchandises »⁸⁵ afin de répartir les dommages (Ch. 196).

L'intérêt du capitaine à associer les marchands à ses actes augmente ainsi dans les moments de grand danger. A cet effet, le Consulat comme d'ailleurs tous les recueils coutumiers, contient tout une série de détails sur la façon dont est provoquée l'adhésion des chargeurs aux sacrifices proposés par le capitaine :

« Messieurs les marchands, si nous ne nous allégeons pas
« nous sommes en grand péril et grande chance de perdre les
« personnes et les marchandises et tout ce qui est ici. »⁸⁶ Les
marchandises sacrifiées à la suite d'une pareille délibération don-

84) Ils sont tenus de payer au capitaine les ancres jetées dans un endroit que ce dernier jugeait impropre (ch. 109). De même ils répondent de l'interdiction qu'ils ont faite au capitaine de faire escale pour s'approvisionner.

85) Une telle avarie commune conventionnelle se trouve dans la Coutume de Tortosa, IX, ch. 32 : « L' seynor de la nau agermanarà la nau ab l'aver, ab consell de tot to cominal de la nau à la major Partida », cité par GOLDSCHMIDT, *Lex Rhodia*, précitée, p. 337.

86) Ch. 99, trad. PARD., II, p. 104.

ment lieu à une contribution entre l'ensemble de la cargaison et la moitié du navire. — Par contre, lorsqu'une entente ne pouvait intervenir entre les parties parce que le danger exigeait un sacrifice immédiat⁸⁷, le navire était tenu de contribuer pour les deux tiers de sa valeur⁸⁸. Bien qu'exécuté sans une délibération préalable, ce jet engageait néanmoins les chargeurs par son assimilation au jet ordinaire ou régulier, car si les marchands n'ont pas donné expressément leur consentement, ils n'ont pas moins collaboré à la marche générale de l'expédition, le navire se trouvant dans l'endroit où les sacrifices sont devenus nécessaires en quelque sorte « par la volonté des marchands »⁸⁹.

Après avoir pris l'initiative de l'expédition, les chargeurs ont contribué effectivement à sa direction. Fait sans leur consentement et par une personne non qualifiée, le sacrifice des marchandises n'est pas moins exécuté pour leur compte (Ch. 284).

143. — Les effets de l'association qui se forme autour du navire ne se limitent pas uniquement à la répartition des risques de l'expédition, ils s'étendent aussi au partage des bénéfices. Très souvent le capitaine se voyait obligé d'engager un combat avec un navire ennemi. Une fois capturé, ce navire devait être partagé entre les participants à l'expédition⁹⁰, les marchands ayant, à défaut d'une entente préalable, droit à un tiers du butin (Ch. 288).

144. — Etant donnée l'importance qu'avait l'intervention des chargeurs dans la gestion de l'expédition, il était naturel que la preuve de cette intervention soit réglementée d'une façon particulière.

Pour mieux marquer l'adhésion des chargeurs aux sacrifices faits aux moments de grand danger, le jet devait être commencé

87) Ce sacrifice pouvait être fait aussi bien par un membre de l'équipage que par les marchands ou leurs domestiques.

88) La différence entre le jet régulier et le jet irrégulier ou non précédé de délibération, quant à la valeur pour laquelle le navire devait contribuer (respectivement la moitié et les deux tiers) est sans doute le résultat de la diversité des pratiques réglementant le partage des risques et des bénéfices entre les membres des sociétés nautiques.

89) Ch. 284, trad. FARD., II, p. 323.

90) Dans le nord de l'Europe les premières associations ont eu pour but exclusivement la piraterie.

par un des marchands « si tous ne peuvent le faire » (Ch. 99). Cette formalité jouait en quelque sorte le rôle de preuve de l'accord intervenu entre les parties.

Une preuve plus parfaite pouvait être réalisée par l'inscription de la « convention » intervenue entre les marchands et le capitaine dans le registre de l'écrivain. En règle générale, cet officier n'avait pas le droit de faire aucune inscription en pleine mer; exceptionnellement, l'inscription du jet était pleinement valable (Ch. 99 et 253).

La faveur avec laquelle était regardée cette preuve a fait fléchir une autre règle concernant le témoignage des marins. Ceux-ci ne peuvent servir de témoins dans les contestations entre le capitaine et les chargeurs tant qu'ils sont encore au service du navire, ou lorsqu'ils sont intéressés au sort du litige (Ch. 223). Par exception, si l'écrivain ne peut faire aucune mention dans son registre, « les matelots peuvent rendre témoignage de toutes les conventions et accords passés entre le patron et les marchands »⁹¹.

145. — L'opposition des marchands à l'accomplissement de certaines manœuvres engage leur responsabilité vis-à-vis du capitaine qui pourra demander la réparation de tous les dommages arrivés à la suite d'une pareille immixtion dans la gestion de l'expédition.

Mais le capitaine doit-il toujours se limiter à ce recours, ne peut-il pas passer outre à la résistance des chargeurs, sans préjudice toutefois de l'intervention postérieure du juge ? A la différence des autres recueils coutumiers, le Consulat ne prévoit pas l'opposition des chargeurs au sacrifice de leurs marchandises⁹². On y trouve cependant une autre disposition qui fournit implicitement la solution concernant le jet.

Très souvent le capitaine s'associe avec d'autres navires pour mieux lutter ainsi contre les pirates et pour diminuer les risques

⁹¹) Ch. 99, trad. PARD., II, p. 104.

⁹²) Le droit romain ne prévoyait non plus le cas de résistance de la part des marchands : Fr. 2, pr. 2, Dig., XIV, 2, De Lege Rhodia.

de l'expédition par la répartition des dommages entre plusieurs bâtiments. Une pareille convention engageant à la fois le navire et la cargaison, devait naturellement être approuvée par les intéressés respectifs, les marchands, qui seront d'ailleurs censés l'avoir acceptée toutes les fois qu'ils ont été mis au courant par le patron et qu'ils n'ont pas protesté⁹³. Le capitaine a une obligation formelle d'avertir les chargeurs, car en dehors du grand intérêt qu'il a à partager les risques de l'opération avec plusieurs, il sera personnellement et indéfiniment tenu de toutes les pertes subies par eux à la suite d'une convention « de conserve » à laquelle ils n'ont pas donné leur adhésion expresse ou tacite. Les marchands ont toute la liberté de refuser à participer à une telle convention, et si leur refus est motivé ils ne sauraient encourir aucune responsabilité.

Mais si à son avis personnel, le capitaine ajoute celui de l'équipage, il pourra passer outre et conclure cette assurance mutuelle en obligeant les chargeurs à y participer⁹⁴. L'équipage intervient ici pour éclairer la volonté des marchands, pour apporter une sorte de preuve que le refus était fondé non sur un motif d'intérêt général, mais bien sur une considération égoïste, nuisible à l'expédition et partant contraire au pacte social. Dans l'association existant entre ceux qui partagent les dangers du voyage, on ne saurait admettre qu'une volonté arbitraire, capricieuse s'oppose à une mesure de sage administration et préférer à l'avis de ceux qui ont de l'expérience, l'avis de ceux qui n'ont qu'un intérêt mal éclairé. Trouver d'autres navires qui suivent la même route, c'est une occasion unique qu'il ne faut pas laisser passer étant donné les dangers encourus par les expéditions dans les mers infestées de corsaires. Les statuts maritimes obligeaient le capitaine à armer les matelots pour la défense du navire⁹⁵; or, quelle

93) Le silence est ici une source d'obligation.

94) La « conserve » pouvait être imposée même par les villes maritimes, V. pour Marseille, MERY-GUINDON, IV, p. 117.

95) L'obligation est prévue aussi par le Consulat. (ch. 178).

est la meilleure arme contre les pirates que d'opposer à la fois la résistance de plusieurs vaisseaux ?... Dans d'autres circonstances, le fait de s'opposer à une décision du capitaine pouvait entraîner simplement l'obligation d'en subir les conséquences (Ch. 101). Mais lorsqu'il s'agit de conclure cette assurance mutuelle, de s'armer ainsi contre les grands dangers de la mer, l'intérêt de la navigation exigeait de passer outre.

Dès lors, si le capitaine peut passer outre quand il s'agit de prendre une mesure seulement utile, il peut d'autant plus facilement le faire lorsqu'il s'agit de sauver les vies humaines et les biens en danger de perte. Les marchands, une fois montés sur le navire, sont censés avoir accepté de se soumettre au gérant de l'association, et surtout ils se sont obligés d'arrêter ensemble toutes mesures destinées à sauver l'expédition. En s'opposant à la proposition du capitaine, ils commettent plus qu'un abus du droit de ne pas contracter, ils refusent arbitrairement d'exécuter une obligation souscrite au moment où ils sont montés à bord. La consultation des marchands joue dans ce cas le rôle d'une formalité permettant au capitaine de recourir à une véritable voie d'exécution⁹⁶ à la suite de laquelle sa décision unilatérale aura force obligatoire pour tous⁹⁷.

6. — *Le transport des marchandises non accompagnées.*

146. — Le transport des marchandises non accompagnées devait être rare à une époque où tout l'intérêt juridique de l'opération de transport était absorbé par une opération commerciale plus compréhensive. Aussi le Consulat ne présente cette variété de convention que comme exceptionnelle et tributaire de celle

96) Tout comme il pouvait emprunter à la grosse sur la part des propriétaires qui refusaient de contribuer aux frais de l'expédition. V. supra n° 129.

97) Cependant la résistance des chargeurs ne laisse pas moins planer sur la décision du capitaine une suspicion d'arbitraire et de mauvaise foi. Il l'écartera en prêtant à la fin du voyage serment qu'il n'a agi par aucune « malice mès pur sauver leurs corps, la neef, les darrées et les vyns ». Rôles d'Oïéron, art. 8.

octroyant au transporteur un véritable pouvoir de gestion destiné à suppléer à la présence des chargeurs.

D'abord le capitaine a été un « *tractator* », un commerçant qui recevait comme tout trafiquant une quantité de marchandises avec mission de l'écouler afin de partager les bénéfices avec le propriétaire. Quand les marchands ont cessé d'accompagner leurs biens et ne les confient plus au capitaine pour les vendre, mais purement et simplement pour les transporter, le contrat qui intervient à cette occasion ne peut s'affranchir des règles élaborées dans les anciennes pratiques. C'est ainsi que la responsabilité du transporteur se développa sous l'influence de la « commande »⁹⁸ et du transport accompagné — la transition entre les règles gouvernant ces deux contrats et le transport proprement dit étant apparente tout au long des dispositions du Consulat (Ch. 89, 212, 215)⁹⁹.

Lorsque le capitaine se charge de transporter une cargaison, il la prend sous sa « garde et commande » (Ch. 89, 114) comme s'il s'agissait de réunir sous sa direction une commande de navire et une commande de marchandises. Le lien le rattachant aux chargeurs s'approche ainsi des rapports de confiance existant entre les trafiquants et les propriétaires des biens confiés (Ch. 280).

Le chargeur est toujours considéré comme associé aux risques de l'opération de même que s'il était présent¹⁰⁰, c'est pourquoi il ne peut se désolidariser de l'activité du capitaine que pour la mauvaise gestion¹⁰¹ ou pour le dol. Le capitaine ne répondra pas de la force majeure « parce que personne n'est censé prendre une

98) Le Consulat consacre une longue série d'articles à ce contrat qui a dominé toute la vie commerciale du Moyen Age. V. surtout les ch. 210 à 221, 255, 280, 281.

99) C'est ce qui a fait dire à certains auteurs que le Consulat donne l'impression de factice, sic. ASHBURNER, p. CXX ; VERNEUX, L'Industrie des Transports Maritimes au XIX^e siècle et au commencement du XX^e. — Paris 1903, II, p. 94, note 1.

100) Ainsi on peut lire dans le ch. 99 : « Ce chapitre a été fait afin que le patron puisse remplacer les marchands lorsqu'ils ne sont pas présents. » trad. PARD., II, p. 105.

101) Lorsqu'une rançon a été payée au navire ennemi par la faute du capitaine, cette dépense n'engage pas les chargeurs (ch. 231, 271). C'est en vertu de la même faute que le capitaine perd le droit de parler au nom des propriétaires de la cargaison transportée dans des conditions normales, pour les obliger à contribuer aux sacrifices des marchandises placées sur le tillac (ch. 186).

commande à son préjudice »¹⁰². C'est ainsi qu'il pourra toujours se libérer en prouvant qu'aucune faute ne lui est imputable¹⁰³.

147. — Les pouvoirs du capitaine pour la gestion de la cargaison sont aussi étendus que s'il cherchait un bénéfice pour son propre compte. Sa liberté de disposition cependant est limitée dans la mesure où elle est incompatible avec le but poursuivi par les chargeurs dans le contrat de transport. C'est ainsi qu'une différence notable commence à séparer les deux négoce juridiques. Si les marchands ont donné au capitaine un mandat de transporter les marchandises, de « remettre leur marchandise à quelqu'un » (Ch. 91), il lui sera défendu de changer la destination du voyage, tandis que le mandat de vendre la cargaison lui laisse toute la liberté quant à ce changement de destination. Cette interdiction cependant ne peut avoir qu'une portée relative, car en l'absence des chargeurs, le capitaine « a tous les droits d'un marchand sur les marchandises qu'il porte, et même qu'il peut les jeter à la mer dans certains cas, avec le conseil de tous les matelots » (Ch. 91).

Le capitaine est obligé d'effectuer le transport sur le navire envisagé par la convention (Ch. 89 *in fine*, 91).

148. — Pendant l'expédition, le capitaine est souvent contraint de sacrifier les biens des marchands ou les appareils du navire¹⁰⁴. L'utilité d'une pareille mesure étant démontrée par son ancienneté, par la pression brutale des événements (Ch. 99), par l'intérêt de la navigation, le capitaine avait le pouvoir d'y procéder et d'engager ainsi tous les participants à l'expédition comme si tous avaient donné leur adhésion. Seulement, en l'absence des marchands, le capitaine devait consulter l'équipage¹⁰⁵ pour affranchir ainsi sa décision de toute présomption d'arbitraire. On serait tenté de dire que l'équipage joue en quelque sorte le rôle de *curateur ad hoc* des biens non accompagnés, son intérêt coïncidant souvent

102) Ch. 89, trad. PARD., II, p. 92.

103) L'appréciation de cette faute avait lieu comme si les marchands étaient à bord, c'est-à-dire pour chaque opération séparément.

104) Pour le jet, le ch. 284 *in fine*.

105) Et surtout le *naucher*, l'officier qui a prêté serment de dire la vérité aux marchands (ch. 99).

avec celui des chargeurs¹⁰⁶. En effet, comme ceux-ci, les membres de l'équipage font dans une certaine mesure figure de chargeurs, car en général ils emportent avec eux une pacotille (Ch. 212). Leur intervention rend l'acte du capitaine « aussi valable que si tous les marchands y étaient, ou si toutes les marchandises appartenaient au patron »¹⁰⁷.

149. — La consultation de l'équipage est imposée au capitaine pour tout acte concernant l'ensemble de l'expédition¹⁰⁸. Par contre, quand il n'y a pas lieu de suspecter le capitaine de partialité, parce que la conservation des droits des chargeurs ne rentrait nullement en conflit avec ses intérêts, il pouvait engager directement ces derniers, sans consulter l'équipage, par toutes les décisions destinées à sauvegarder leurs droits. Ainsi le capitaine peut conclure au nom des chargeurs une assurance mutuelle destinée à faire supporter les frais de déchargement par mauvais temps par tous les intéressés à la cargaison (Ch. 197). Le fait de décharger une marchandise par beau temps entraînant des dépenses moins élevées que si le déchargement s'effectuait par une mer agitée, le capitaine, tenu de traiter sur le même pied d'égalité tous les intérêts associés à la cargaison, accomplissait une mesure de sage gestion et d'équitable protection des droits des propriétaires dont les marchandises pouvaient être grevées des frais de déchargement plus élevés, en équilibrant les chances par une convention qui établissait une solidarité entre tous les chargeurs¹⁰⁹ : « Si le « patron associe les marchandises les unes aux autres, ce qu'il « fera sera tenu pour valide comme si tous les marchands y

106) Le capitaine qui avait pris une marchandise en commande doit, si les nouvelles reçues du lieu de destination exigent un changement de direction, consulter non pas l'équipage, mais les autres porteurs des commandes, ceux-ci étant nécessairement les meilleurs juges de l'opportunité de la mesure prise, leur intérêt coïncidant avec celui des commanditaires associés au capitaine.

107) Ch. 99, trad. PARD., II, p. 105.

108) Comme le rachat du navire (ch. 231).

109) C'est par application de ce principe d'égalité entre tous, que le jet des marchandises chargées sur le tillac ne pouvait donner lieu à contribution que si tous les chargeurs ont été d'accord pour un pareil transport (ch. 186). Certains statuts défendaient ce genre de chargement même lorsqu'il était voulu par tous. St. Marseille, liv. IV, ch. 20, MERY GUINDON, p. 112.

« étaient ou comme si toutes les marchandises étaient à lui¹¹⁰ ».

150. — Le capitaine reçoit en même temps avec le chargement, le pouvoir d'agir au nom des absents. En vertu de ce pouvoir, ses actes engagent l'ensemble de l'expédition. Mais le capitaine pouvait-il engager la responsabilité des chargeurs qui ne lui ont conféré aucun mandat ? Bien que ce cas soit exceptionnel, il arrive néanmoins que le capitaine ne reçoit aucun pouvoir direct de la part des chargeurs. Le Consulat prévoit deux hypothèses :

a) Les chargeurs ont embarqué des marchandises sans les confier ni au capitaine ni à son préposé, l'écrivain. Cependant ils seront tenus de contribuer aux sacrifices faits pendant l'expédition. Mais leur responsabilité apparaît dans ce cas comme une mesure de faveur, comme une limitation au droit du capitaine de refuser toute restitution de la marchandise. En effet, celui-ci n'est en général responsable que de choses qu'il a reçu mandat de garder (Ch. 114 et 257). Il aurait donc pu dissiper toutes les marchandises chargées à son insu, les laisser quelque part à terre sans encourir aucune responsabilité. S'il veut bien les rendre aux chargeurs, il est bien trop scrupuleux de n'en retenir qu'une quantité restreinte à la contribution (Ch. 115).

Il y a là une certaine idée de paix qu'on retrouve avec plus d'évidence dans les Ch. 87 et 187. — En dehors du droit que le capitaine avait d'exiger le fret voulu pour les marchandises chargées sans son consentement, il pouvait provoquer la confiscation des marchandises chargées en sus de la quantité convenue et se faire attribuer par là un tiers de cette marchandises non enregistrée, sans préjudice des poursuites qu'il pouvait intenter contre les chargeurs pour le dédommager de toute perte arrivée à l'expédition à la suite de ce chargement frauduleux.

b) Mais il pouvait arriver que le défaut de pouvoir du capitaine soit dû à un événement fortuit. La situation se présentait

¹¹⁰) Ch. 197, trad. PARD., II, p. 171. — V. GOLDSCHMIDT, *Lex Rhodia*, Z. H. R., p. 338.

lorsqu'il était obligé de quitter le port, afin d'échapper aux pirates ou à la tempête, sans avoir eu le temps de prévenir les marchands qui accompagnaient les marchandises et qui se trouvaient alors à terre (C. 111). Si, une fois le navire en pleine mer, un jet devient nécessaire, le capitaine est obligé de le faire mais avec « le conseil et la volonté de tout l'équipage du navire ». Les décisions prises à cette occasion devaient être inscrites par l'écrivain, et si cet officier était resté aussi à terre, le capitaine devait faire des diligences particulières pour se réserver une preuve que les délibérations ont eu lieu véritablement. A cette effet, « il doit déclarer ou faire déclarer devant les domestiques (des chargeurs) et l'équipage du navire, les mesures *convenues avec eux*, autant de fois qu'il sera nécessaire pour que chacun s'en souvienne bien. »¹¹¹ Ce supplément de précaution était peut-être imposé au capitaine parce que les délibérations prenaient ici une double signification : elles ne justifient pas uniquement l'exercice d'un pouvoir, elles y suppléent.

151. — En dehors de l'obligation de consulter l'équipage, le capitaine jouit de la plus grande liberté dans la gestion de l'expédition. Ses pouvoirs ne s'arrêtent que là où son initiative ne se rattacherait plus à un intérêt direct et incontestable des chargeurs, mais à une opération aléatoire incompatible avec une gestion raisonnable. C'est ainsi qu'il lui est défendu d'engager un combat avec un navire pour réaliser une capture fructueuse, cette opération sortant du but poursuivi par le transport (Ch. 288).

152. — Si le capitaine agit au nom des absents, ses actes ne perdent pas cependant le contact avec l'entreprise dont il est le chef. Les pouvoirs que les parties lui confèrent s'exercent ainsi sous la garantie de sa responsabilité de transporteur¹¹².

Il ne pouvait invoquer la faute de l'équipage pour refuser de réparer les dommages survenus à la marchandise. Bien plus, il

111) Ch. 111, trad. PARD., II, p. 111.

112) Le capitaine ne pouvait répartir la rançon payée à la suite d'une prise si cette prise a été causée par sa faute (ch. 186).

répondait des délits commis par ses hommes sans pouvoir se retourner contre les propriétaires du navire (Ch. 76).

Le fondement de cette responsabilité ne se pose pas comme plus tard lorsque l'activité du capitaine se placera sous la dépendance de l'armement, car il a fait plus que de choisir ses compagnons, il a mis en mouvement toute l'expédition, depuis la construction du navire et jusqu'à la conclusion des contrats d'affrètement. Il répondra donc des délits commis par l'équipage tout comme il sera tenu pour le mauvais conditionnement du navire. La part de bénéfices qu'il avait dans l'entreprise alimentait d'ailleurs suffisamment sa fortune pour offrir aux chargeurs une garantie efficiente.

153. — Vis-à-vis des tiers surtout, l'activité du capitaine présente une unité paraite, lui donnant la plus grande liberté de disposer des biens groupés dans son entreprise. La protection de ces biens lui incombe comme un élément nécessaire à réaliser le résultat promis. C'est ainsi qu'il doit poursuivre tous ceux qui ont coopéré à l'exécution du transport pour assurer aux chargeurs la réparation des préjudices subis par la faute de ces entrepreneurs¹¹³.

Le capitaine prendra soin de retenir une quantité suffisante de marchandise pour garantir la répartition, entre tous les chargeurs, des sacrifices faits pendant l'expédition (C. 98).

Conclusion

154. — Après avoir envisagé la situation du capitaine par rapport au propriétaire du navire, et par rapport aux chargeurs, nous croyons avoir suffisamment justifié la proposition faite tout au début de ces remarques, à savoir que la responsabilité du capitaine occupe la plus grande partie des dispositions du Consulat.

113) Les manipulateurs qui ont chargé ou déchargé des marchandises (ch. 199).

L'abondance des normes concernant le capitaine ne peut plus être mise à la charge d'un droit formaliste sanctionnant l'activité directe du préposé, elle est le reflet exact de la prépondérance du capitaine dans l'organisation de l'entreprise maritime. Son activité coordinatrice, son intérêt personnel à l'exploitation, font un pendant économique à sa primauté juridique.

Quant aux deux autres séries d'intéressés à l'expédition, les chargeurs et les propriétaires, nous les avons trouvés relégués au deuxième plan de l'intérêt juridique. Surtout, ces derniers subissent passivement la gestion de leurs biens, et souvent contre leur volonté formelle. Leur situation est identique à celle des marchands qui confient au capitaine une cargaison sans l'accompagner : les uns et les autres ont fait confiance au même spéculateur. Une fois l'expédition commencée, ni les uns ni les autres ne peuvent retirer arbitrairement cette confiance. L'unité de l'expédition vis-à-vis des tiers donne la même configuration aux pouvoirs conférés au capitaine par les uns comme par les autres.

155. — Malgré cette similitude de position vis-à-vis du capitaine, les chargeurs et les propriétaires restent en général étrangers les uns aux autres — et ne se rencontrent que par le hasard qui met leurs biens sous la même administration du capitaine.

Si le contact entre eux est si fragile, les relations envers les tiers sont interceptées par l'activité de l'entrepreneur, du capitaine. C'est pourquoi les tiers ne pouvaient atteindre ni l'armateur ni les chargeurs qu'indirectement et dans la mesure où les biens confiés au capitaine ont été dissipés par sa gestion. Cette règle posée d'une façon précise pour les propriétaires du navire, régissait nécessairement la responsabilité des chargeurs qui ont mis les marchandises sous « la garde et la commande » du capitaine.

156. — Le droit méditerranéen tel qu'il a été cristallisé par le Consulat de la Mer, établit les bases de la responsabilité du transporteur maritime. Cette responsabilité édifiée principalement sur la personne du capitaine, continuera de concentrer tout

ce qui concerne l'exploitation du navire. L'embryon de responsabilité qui pesait sur les propriétaires, au lieu de croître en même temps que la prépondérance économique de l'armement, conserve pendant tout son développement, à l'abri de la responsabilité du capitaine, les caractères originaires imprimés par l'exploitation sous forme d'association dont ce dernier était le maître.

CHAPITRE IV

L'APPORT DU DROIT NORDIQUE

I

Le trafic maritime et les sources du droit

1. — *Le trafic maritime avant l'Ordonnance*

157. — Dès le XIV^e siècle, les mers qui baignent la France occidentale, les Flandres, l'Angleterre, l'Allemagne et les Etats Scandinaves devinrent le théâtre d'un trafic intense. De puissantes corporations de marchands et de navigateurs font naître des villes florissantes, parmi lesquelles le groupe formé par les trois cités hanséatiques : Lubeck, Hambourg, Brême, exerce presque un monopole de fait dans cette partie de l'Europe¹. La Ligue Hanséatique entraîna dans son système toute une chaîne de ports descendant jusqu'à Bayonne, en englobant La Rochelle et Bordeaux.

A la même époque, le centre commercial de la Méditerranée se déplace vers les côtes de la France et de l'Espagne. Les cités italiennes, si prospères au Moyen Age, accusent une décadence marquée, à la suite de rivalités, de luttes intestines et de la politique protectionniste qui était pratiquée pour surmonter les crises². D'autre part, l'insécurité de la navigation dans la Méditer-

1) De ROUSIERS, op. cit. p. 12.

2) Sur les crises du XII^e siècle à Venise et sur l'expédient envisagé par cet Etat, V. ROBERTO CESSI, *La Regolazione delle Entrate e delle Spese*, Padova, 1925, p. CCXXX, s.

ranée et l'occupation de son point de communication avec l'Océan par les Sarrasins, obligèrent les marchandises destinées aux pays du Nord à traverser la France pour être réembarquées ensuite dans un des ports de l'Océan³. Du même coup, le rayon d'activité des navigateurs italiens se trouvait réduit au profit des ports de l'Océan qui prennent une importance de plus en plus florissante dans le trafic international.

158. — Au moment où aucun progrès technique n'assurait les expéditions contre les risques de la navigation, aussi redoutables dans l'Océan que dans la Méditerranée, l'exploitation maritime fut l'œuvre d'une large association entre le capitaine, l'équipage et les marchands⁴. Peut-être même que l'esprit d'association a été poussé plus loin encore, toutes pertes étant supportées par la communauté des participants sans tenir compte de la cause de l'événement, à l'exception toutefois des fautes intentionnelles. Toujours est-il que les pays du Nord ont connu une exploitation qui rappelle exactement la « commande » italienne⁵.

L'association formée pour l'exploitation du navire a une durée déterminée par la fin de l'expédition, chaque voyage constituant un tout distinct qui fixait d'une façon définitive les risques de perte et de gain. Même plus tard, lorsque des capitaux seront rassemblés par des grandes compagnies de commerce et de navigation, l'esprit d'aventure ne laissera à ces sociétés qu'une durée éphémère, les capitaux devant être remboursés à la fin de chaque voyage⁶.

L'entreprise maritime du moyen âge a laissé des traces profondes dans la formation de l'armement, lequel abrité par la responsabilité personnelle du capitaine, a pu agrandir sa puissance sans augmenter les risques.

3) E. HENNEBICQ, Introduction, p. VII.

4) E. HENNEBICQ, II, p. 30 et s.

5) Les coutumes d'Anvers rédigées dans un acte officiel de 1604 comprenaient un titre entier consacré aux sociétés et à la communauté de biens. E. HENNEBICQ, t. I, n° 16 p. XXVII, et t. II, p. 35 et 229.

6) En Angleterre il a fallu une intervention législative pour fixer une souscription de capital pour 3 voyages. E. HENNEBICQ, II, p. 46.

159. — D'ailleurs, la lutte contre les dangers de la mer s'engagea avec une arme nouvelle destinée à révolutionner l'industrie de l'armement : l'assurance. Vraisemblablement d'origine italienne⁷, cette institution qui fait son apparition vers la moitié du XIV^e siècle, connaît auprès des navigateurs une faveur de plus en plus grandissante⁸ de sorte que le risque s'élimine peu à peu de l'exploitation maritime ou du trafic commercial pour faire l'objet d'une industrie distincte. Sans doute l'assurance n'offrira toutes les garanties qu'à une époque assez récente, lorsque les assureurs se constitueront dans des sociétés puissantes groupant un ensemble d'opérations, ce qui permet de calculer avec précision les probabilités de pertes et de gains — mais dès son apparition ce contrat affaiblit la solidarité existant entre les participants à l'expédition, pour leur donner des positions antagonistes.

2. — *Les sources.*

160. — Jusqu'à la fin du XVI^e siècle, le droit maritime garde son caractère de droit coutumier. A la base de tous les recueils de coutumes régnant dans cette partie de l'Europe, se trouve une collection privée connue sous le nom de *Rôles d'Oléron*⁹.

Les *Jugements de Damme*, les *Lois de Wescapelle*, le *Droit maritime de Wisby*¹⁰, les *Usages des Pays-Bas*, les *Coutumes d'Amsterdam* sont autant d'adaptation, plus ou moins fidèles, plus ou moins amplifiées de ce recueil contenant la substance des pratiques commerciales de l'Océan et des mers du Nord. Même les interventions législatives, les statuts des villes maritimes, les recès de la Ligue Hanséatique sont tributaires de ce fonds commun. En effet, bien que ces interventions s'opposent « en la forme

7) BENSA, op. cit., p. 18, s.

8) Dans le nord de l'Europe, ce contrat est organisé par une longue série d'Ordonnances dont les plus importantes sont l'Ordonnance des Pays-Bas de 1570 (PARD. IV, p. 103, s.) et l'Ordonnance d'Amsterdam de 1598. (PARD. IV, p. 136.)

9) Cette compilation contenait primitivement 24 articles auxquels on a ajouté par la suite d'autres dispositions. Sur l'origine et la teneur primitive des *Rôles*, voy. PARD. I, p. 288 et s. ; DESJARDINS, Introduction, p. 30 et s.

10) PARD. III, p. 102, s. ; IV, p. 1, s.

et en principe »¹¹ au droit coutumier, elles ne sont au fond que le reflet des pratiques suivies dans les corporations de marchands et de navigateurs, pratiques greffées sur le tronc vigoureux des *Rôles d'Oléron*.

Les rapports entre les parties intéressées à une expédition préoccupent de plus en plus les Etats qui dans leur tendance d'assurer la plus grande liberté et la plus solide protection au commerce maritime — source de puissance politique — prennent une série de mesures législatives dont le nombre augmente sans cesse.

161. — Enfin, les œuvres des jurisconsultes viennent alimenter le droit maritime avec l'apport précieux d'une systématisation¹² du matériel vaste et informe que représente l'abondance des recueils ou des actes législatifs. (Ordonnances, statuts, recès, recueils officiels). Dans leur entreprise audacieuse, les jurisconsultes ont fait nécessairement appel aux enseignements du droit romain¹³, phare puissant pour toute orientation méthodique. Par là l'influence de ce droit se fait chaque jour grandissante¹⁴; la situation juridique des parties se détache avec précision de la confusion dans laquelle les a plongées l'exploitation du Moyen Age. Sous l'influence de l'action exercitoire, la personnalité du capitaine se distingue de celle de l'armateur pour reprendre les caractères du *magister navis*, préposé à la conduite du navire. Les lumières de cette action projetées sur les institutions du Moyen Age devaient

11) BONNECASE, n° 158, p. 157.

12) Au début du XVII^e siècle en France, un ouvrage privé, le *Guidon de la mer*, apporte une synthèse complète du droit maritime de cette époque. Les solutions qui y sont indiquées ont servi souvent aux rédacteurs de l'Ordonnance. « Jusqu'en 1760, on n'écrira rien en France sur le droit maritime qui se puisse comparer au *Guidon* ». DESJARDINS, Introduction, p. 126.

13) Les traités sur le droit maritime qui font appel au droit romain commencent à partir du XIV^e siècle avec BALDUCCI PEGOLOTTI (*Pratica della mercatura* - 1342). Mais ce sont surtout les jurisconsultes du Nord qui ont ranimé l'intérêt du droit romain. PIERRE PECK (PECKIUS), professeur à Louvain, devient célèbre par son *Commentaire, De Re Nautica* (1556). Cet ouvrage fit école : VINNIUS en publie un commentaire en 1647 ; STYPMANUS écrit *Jus Maritimum* (1652) ; MARQUARDUS, *De Jure Mercatorum* (1662). — V. DESJARDINS, op. cit. p. 113, 152, 162, 164. — Le droit romain servit également aux jurisconsultes français : CLEIRAC en fait très souvent emploi dans son ouvrage *Us et Coutumes de la mer*, Bordeaux, 1647.

14) Déjà un double ordre de législation était connu depuis le XIII^e siècle. Les *Costumes de Valence* de 1250 (PARD. V., p. 333), ne sont qu'une traduction libre des parties du Code et du Digest. Cf. BRUNETTI, I, p. 108, s ; DESJARDINS, op. cit. p. 46.

préparer la concentration des pouvoirs de l'armement.

Etant destinée à déterminer l'apport du droit nordique à l'élaboration de l'*Ordonnance de la Marine* par ce qu'il a de plus spécifique, et afin d'éviter les répétitions, ce chapitre ne fixera que les éléments qui marquent le mieux l'évolution du droit maritime vers les solutions adoptées à la fin du XVII^e siècle.

II

La position du capitaine dans l'entreprise maritime.

1. — *Les pouvoirs du capitaine et l'avènement de l'armement.*

162. — La figure du capitaine domine toute l'élaboration de la responsabilité de l'entreprise maritime.

Son activité embrasse toute l'organisation de l'expédition depuis la construction du navire¹⁵ jusqu'à la liquidation de l'avoir social.

Gérant responsable de la direction de l'entreprise, le capitaine exerce au début des pouvoirs très étendus allant jusqu'à la vente du navire. Lorsqu'il n'est qu'un des co-propriétaires choisi par la majorité¹⁶, il continue à pratiquer le commerce pour son propre compte, les autres propriétaires n'étant liés à l'entreprise que par leur droit à un compte fidèle¹⁷.

Et même si son apport dans l'exploitation ne consiste que dans son industrie, il ne prend pas pour cela la position d'un préposé, mais au contraire il reste le maître de l'affaire, seul responsable vis-à-vis des tiers.

Cette responsabilité correspond d'ailleurs non seulement à

15) Recès de 1572, art. 1 ; Rec. de 1614, tit. 1, PARD. II, p. 498 et 528.

16) Un Maître Combourgeois, comme il était appelé en France, par opposition au capitaine, simple préposé ou Maître Postif. CLEIRAC, p. 12.

17) Il est tenu de mettre en commun tous les gains réalisés par les services prêtés aux chargeurs pour exécuter une opération distincte de l'ensemble du transport, comme les soins donnés aux marchandises pendant le voyage. Rec. de 1591, art. 51.

une grande liberté d'action, mais aussi à un intérêt personnel dans l'entreprise, à une importante part de bénéfices¹⁸.

163. — Jusqu'ici la position du capitaine ne présente rien de particulier au droit nordique ; elle est exactement celle du *patronus* en Méditerranée. Mais ce qui caractérise ce droit et en général tout le droit élaboré dans les siècles qui ont précédé l'Ordonnance de 1681, c'est la tendance constante à restreindre les pouvoirs du capitaine jusqu'à lui assigner le statut d'un préposé soumis à l'ordre de l'armateur.

L'organisation de l'armement, de ses droits et surtout de ses responsabilités se réalise autour du navire sur lequel le capitaine exercera des droits de plus en plus limités. Au début, le navire ne formait qu'un article du compte qu'il devait à ses associés ; aussi il pouvait en disposer sans aucune entrave. Mais par la suite la coutume entoure le droit des propriétaires d'une protection particulière faisant prévaloir les intérêts de ceux-ci sur les droits d'organisateur du capitaine.

La direction de l'entreprise passe graduellement dans les mains de l'armateur. Du droit que les propriétaires avaient d'être consultés et de donner leur avis quand il s'agissait d'engager des dépenses pour l'expédition, s'organise petit à petit un pouvoir nouveau qui se groupe autour de la propriété du navire et qui pourra désormais être confié à un mandataire spécial¹⁹.

De plus en plus puissant, accaparant toute la propriété du navire, partant tout le droit de disposition, l'armateur enlève au capitaine la plus grande partie des attributions exercées au moyen âge. Le mandat de ce dernier se spécialise et se cantonne dans un domaine professionnel où le pouvoir d'accomplir un acte pour le compte du navire ne se justifie que par l'impossibilité de l'armateur d'agir en personne, ou par une nécessité indiscutable.

18) Le capitaine et l'équipage touchant un salaire spécial pour l'arrimage des marchandises, sont tenus de réparer tout le dommage survenu au cours de cette opération « car il ne serait pas juste que le bourgeois lequel ny trempe pas y patit », CLEIRAC, p. 107.

19) Appelé en Italie « *patronus in terra* », Dec. Rotae Genuae. 20, 149 n° 3 ; 170 n° 2 ; 182 n° 1. cf. GOLDSCHMIDT, Storia, p. 265, et note 34.

164. — Les recueils coutumiers abondent en dispositions dont la teneur est le signe de l'effort constant poursuivi par les armateurs pour restreindre les pouvoirs du capitaine.

Tantôt on lui permet d'emprunter à la grosse et on tient les armateurs obligés pour ces emprunts, tantôt on le lui défend. Dans certains statuts on exige une autorisation spéciale de la majorité des propriétaires²⁰, dans d'autres le capitaine est autorisé de se procurer de l'argent au moyen d'un emprunt à la grosse sur la part d'une minorité récalcitrante²¹. Enfin le recès de la Ligue Hanséatique de 1641 prohibe tout prêt au lieu du domicile des armateurs²².

Le capitaine ne peut pas forcer les propriétaires à procéder au radoub du navire et il lui est même interdit d'emprunter de l'argent à cet effet²³ ; s'il passe outre ou s'il engage des travaux sans l'assentiment des armateurs, les prêteurs n'auront de recours, pour se faire rembourser, que contre le capitaine sans même pouvoir prétendre se remplir de leurs droits sur le navire²⁴.

Le Consulat présentait le capitaine comme jouissant d'un pouvoir presque discrétionnaire pour procéder à l'affrètement du vaisseau, cet acte étant opposable aux propriétaires même lorsque le capitaine était responsable vis-à-vis d'eux. Les villes hanséatiques retirent ce pouvoir au capitaine déclarant nul tout affrètement fait sans l'assentiment des propriétaires²⁵.

Par contre, en France la coutume ne dessaisit pas le capitaine de ses pouvoirs pendant le séjour du navire au domicile des armateurs. Pour les tiers surtout, le capitaine restait toujours maître du navire ; en cette qualité il a un droit propre à toucher le fret. L'armateur « ne pourra réclamer aucuns deniers du fret, si ce « n'est de l'accord du maître, qui le consentira de bonne volonté,

20) Statut d'Amsterdam de 1527, PARD. IV, p. 121. Coutumes d'Amsterdam de 1609, art. 45 ; HENNEBICQ, *op. cit.* p. 36 N° 4.

21) Et afin d'éviter tout retard dans l'expédition, Rec. de 1591, pr. 11, PARD. II, p. 515.

22) Tit. III, pr. 6, PARD. II, p. 546.

23) Rec. de 1572, pr. PARD. II, p. 498.

24) Rec. de 1591, pr. 56, PARD. II, p. 526.

25) Recès de 1434, pr. 3, de 1447, pr. 13 ; de 1530, pr. 2, PARD. II, p. 472, 489.

ou par voye de justice »²⁶.

165. — Mais le capitaine est nécessairement investi de pouvoirs assez grands pendant le voyage, la difficulté de communiquer avec les armateurs lui laissant par la force des choses une très large initiative, une fois l'expédition engagée.

Le capitaine peut certainement emprunter à la grosse au XIV^e siècle à Lubeck²⁷. La Coutume d'Anvers de 1609 lui défend au contraire le prêt à la grosse, mais lui permet en cas de nécessité de tirer une lettre de change sur l'armateur²⁸. Certains recès lui imposent de prendre toutes les mesures nécessaires pour ne pas manquer un temps favorable, et à cet effet le capitaine est tenu de se procurer de l'argent même en vendant une partie des marchandises²⁹.

Pourtant même au cours du voyage la nouvelle tendance qui vise à restreindre les pouvoirs du capitaine se manifeste avec beaucoup d'intensité. Ainsi le Recès de 1614, conseille aux propriétaires de fixer par acte authentique les droits conférés au capitaine « afin d'arrêter l'infidélité toujours croissante des patrons et pour favoriser dans l'intérêt commun le commerce et les transactions fondées sur la bonne foi »³⁰. Si le capitaine emprunte à la grosse sans un pouvoir spécial, il sera tenu personnellement de rembourser sans engager le navire et malgré qu'on eût mis en relief sa qualité de préposé de l'armateur³¹. Et en général tout écart à la convention intervenue entre lui et ses armateurs devait lui enlever le pouvoir d'obliger ces derniers même dans les limites du navire. C'est ainsi que le capitaine restait seul tenu de rembourser l'emprunt contracté pour une destination déterminée, si pendant le voyage il changeait la route convenue avec les propriétaires³².

166. — Les fluctuations des normes tendant à restreindre les

26) Guidon de la Mer, ch. XVIII, pr. 4.

27) REHME P., Die Haftung des Reeders im Mittelalter, Diss. Berlin, 1891, p. 65, s.

28) HENNEBICQ, loc. cit.

29) Rec. d'Amsterdam, pr. 4 et 5, PARD. I, p. 408 et 409.

30) Pr. 3, trad. PARD. II, p. 531.

31) St. d'Amsterdam de 1527, PARD. IV, p. 121.

32) Rec. de 1591, pr. 56, PARD. p. 525.

pouvoirs du capitaine quant à la conclusion des contrats sont le symptôme de l'avènement de la responsabilité de l'armateur. On invoque de moins en moins la responsabilité personnelle du capitaine, son patrimoine ne présentant qu'une surface trop exigüe pour répondre de la valeur élevée des créances qu'entraîne le commerce maritime. La dépendance économique et juridique du capitaine s'accompagna ainsi d'un déplacement de responsabilité vers le patrimoine du véritable entrepreneur.

Ce processus fut accéléré en outre par l'influence de plus en plus croissante du droit romain utilisé par les juristes pour fixer le statut juridique des liens existants entre le capitaine et l'armateur.

Les pouvoirs qu'une très ancienne coutume reconnaissait au capitaine de contracter pour les besoins de l'expédition sont désormais rattachés à une autorisation préalable présumée expresse. Tout ce qui peut rentrer dans le cadre de cette autorisation doit obliger l'armateur sur toute sa fortune conformément aux principes de l'action exercitoire.

De cette rencontre entre le droit coutumier et le droit romain est sortie une réglementation différente pour les délits et quasi-délits d'une part, et pour les contrats du capitaine d'autre part. Toute dette délictuelle laissera en présence deux débiteurs: le capitaine, indéfiniment tenu, — l'armateur, appelé jusqu'à concurrence des biens confiés à son préposé³³. Par contre les contrats du capitaine font passer la responsabilité indéfinie de l'armateur au premier plan³⁴.

167. — Si les pouvoirs du capitaine ont été considérablement restreints quant à la liberté d'engager le navire ou le crédit de l'armateur, dans un autre sens ils ont augmenté à la suite de la disparition de certains officiers qui, par leur nomination, jouis-

33) Le droit d'abandon est mentionné dans l'article 68 de l'Ordonnance de Wysby et dans l'article 141 de la Coutume d'Anvers de 1609. HENNEBICQ, op. cit. II, p. 36, note 4.

34) Cependant certains jurisconsultes tiennent le capitaine responsable même dans ce cas. cf. KURICKE, *Jus Hanseaticum*, tit. 6, art. 2, cité par FREMERY, op. cit. p. 185.

saient d'une grande indépendance³⁵.

C'est ainsi qu'il hérite des fonctions de l'écrivain³⁶ dont le témoignage avait la valeur d'une preuve authentique. Ses attributions englobent d'autre part la mission du *Naucher*, du technicien de la navigation. Au début du XVII^e siècle la direction technique du navire est entièrement réunie dans les mains du capitaine qui ne s'aide plus d'un pilote que dans des endroits réputés dangereux. Ses aptitudes de navigateur³⁷ sont examinées par un jury de spécialistes, institué dans presque tous les pays pour faciliter aux armateurs le recrutement d'un personnel compétent³⁸.

168. — L'extension des attributions du capitaine se réalisait sous le contrôle des pouvoirs publics lequel ne se limite pas d'ailleurs à cet examen préalable mais continue à s'exercer sur toute l'activité de l'entreprise et notamment sur l'organisation de l'expédition, afin de réaliser la plus grande sécurité en mer. C'est ainsi que les magistrats des villes sont préposés à surveiller le bon conditionnement du navire, son lestage et son aptitude à supporter la mer. Toute infraction aux dispositions municipales engageait la responsabilité du capitaine³⁹. A l'arrivée du navire, le capitaine est tenu de faire vérifier l'état des marchandises par les mêmes fonctionnaires municipaux toutes les fois qu'au cours du voyage il a procédé à un jet⁴⁰.

L'intérêt que le capitaine présente pour l'exercice de ce contrôle et la concentration dans ses mains de toutes les attributions concernant l'exploitation du navire, donnent à son activité la valeur d'un élément destiné à déterminer le cadre normal de l'entre-

35) La concentration des pouvoirs dans les mains du capitaine est signalée dans certaines villes dès le XIII^e siècle. cf. WEBER, op. cit. p. 68.

36) La disparition de ce fonctionnaire a dû avoir lieu assez tôt car les Coutumes du Nord y font très peu allusion. Rec. de 1572, ch. 6 ; de 1551, ch. 6 ; de 1591, ch. 18 ; de 1641, ch. 15. PARD. II, p. 514 et 557. CLEIRAC constate aussi qu'il n'y a plus d'écrivain sur tous les navires, op. cit. p. 43.

37) Il devait connaître la boussole, la mer, les eaux navigables ; savoir conduire et gouverner le navire ; savoir charger et décharger le navire ; commander et maintenir la discipline de l'équipage. Rec. de 1614, PARD. II, p. 532.

38) Cet examen était institué en France par une Ordonnance de 1584, art. 86 et 87. CLEIRAC, p. 10.

39) Rec. de 1412, art. 8 ; de 1417, ch. 5 ; de 1418, ch. 5 ; de 1530, ch. 7. PARD. II, p. 461 et 494. — V. WEBER, op. cit. p. 64. s.

40) Rec. de 1447, ch. 22, PARD. p. 485.

prise. Tenu à une surveillance générale, il répondra dorénavant pour toute faute accomplie au cours des opérations isolées, comme le chargement, le déchargement, l'arrimage des marchandises, les manœuvres de l'équipage⁴¹. Sur l'exécution de l'obligation du transporteur planera dorénavant l'obligation professionnelle du capitaine.

2. — *La gestion de la cargaison.*

169. — Dans le Nord de l'Europe comme dans le Midi, le transport des marchandises est une opération complexe tenant à la fois du louage de chose, du mandat et de la société. La responsabilité des différents participants à l'expédition s'est formée ici comme ailleurs sous l'impératif du même problème de la sécurité, le danger de la navigation commandant une étroite solidarité entre le navire et la cargaison⁴².

Cette union entre ces deux éléments est en outre le résultat de la collaboration des chargeurs à la direction de l'expédition, et de ce qu'en accompagnant les marchandises ils supportent les mêmes risques que les navigateurs.

Envisageant distinctement chaque opération qui concourt à la réalisation du transport, nous constatons qu'ils prennent une part active à l'organisation de l'expédition. C'est pourquoi ils acquièrent un droit au maintien de l'équipage, tel qu'il a été fixé par les conventions, tous dommages arrivés par la maladresse d'un matelot pris en remplacement d'un primitivement désigné devant être supporté par le capitaine.

Les changeurs s'assurent les services de l'équipage pour le chargement ou le déchargement des marchandises⁴³, et pour les soins donnés pendant le voyage. Un salaire spécial étant payé à cet effet, la responsabilité de l'équipage pour ces opérations s'ap-

41) Rec. de 1530, ch. 18, PARD. II, p. 494.

42) Presque tous les dommages arrivés au navire et à la cargaison étaient supportés par l'ensemble de l'expédition.

43) Amsterdam, art. 10 ; Wisby, art. 5 et 48, PARD. I, p. 411, 463 et 495.

précie indépendamment de l'ensemble du transport⁴⁴.

La collaboration des chargeurs est encore plus active pendant le voyage. Ainsi le capitaine devait provoquer leur adhésion pour toutes mesures entraînant des dépenses destinées à être réparties sur l'ensemble de l'expédition. S'il veut faire supporter le salaire du pilote (*locman*) à parts égales par le navire et la cargaison, le capitaine est tenu de les consulter avant de procéder à l'engagement de ce technicien⁴⁵. De même il ne peut procéder au jet sans leur consentement ; seulement comme ils sont censés s'être soumis à la discipline du bord, le capitaine pourra passer outre pourvu que sa décision soit appuyée par les autres membres de l'équipage. La même règle est suivie par les coutumes lorsque le capitaine doit procéder à des sacrifices autres que le jet (couper le mât). Nous retrouvons ici ce que nous avons relevé dans les recueils de la Méditerranée, et notamment le discours tenu par le capitaine pour associer les chargeurs à ses décisions⁴⁶. La *Loi de Wescapelle* exige du capitaine l'accomplissement d'une formalité supplémentaire consistant dans un procès-verbal dans lequel il devait mentionner toutes les questions débattues entre lui et les négociants⁴⁷.

170. — Dans le transport accompagné, l'élément dominant est sans doute l'emplacement concédé sur le navire — les services du capitaine et de l'équipage n'étant envisagés que d'une façon accessoires et variant d'après l'importance du personnel à la solde du marchand. En effet ceux-ci pouvaient se faire aider par plusieurs domestiques pour assurer la conservation des marchandises pendant le voyage. Dans une pareille exploitation les attributions

44) Certaines coutumes prévoient un tarif pour chaque opération. Wisby. art. 5. Voy. aussi CLEIRAC, p. 167.

45) Rec. d'Amsterdam, art. 2, pr. 7 et 23, PARD. I, p. 407 et 415. — Rec. de 1447, pr. 24. PARD. II, p. 486.

46) Wisby, art. 23, PARD. I, p. 476 correspondant au ch. 99 du Consulat : « Messieurs les marchands, si nous ne nous allégeons pas, nous sommes en grand péril et grande chance de perdre les personnes et les marchandises, et tout ce qui est ici ». La même formalité se trouve dans l'art. 8 des Rôles d'Oléron, dans le ch. 38 de la Compilation Rhodienne, dans l'art. 27 de l'Ordonnance d'Aragon de 1314, et dans le ch. 7, rub. 17, liv. 9 de la Coutume de Valence de 1250. Cf. PARD. II, p. 104.

47) Art. 2, PARD. I, p. 408.

tions du capitaine en ce qui concerne la cargaison sont assez restreintes.

Par contre lorsque les chargeurs n'accompagnent plus leurs marchandises, et les confient au capitaine, c'est lui qui assume l'obligation distincte de surveillance et de garde. Le caractère indépendant des services du patron, comme de ceux de l'équipage apparaît très nettement dans les recès du XV^e siècle. — Si le navire transporte une cargaison de blé, le capitaine doit s'entendre avec l'équipage en vue de donner les soins nécessaires aux céréales pour éviter l'échauffement de cette denrée⁴⁸. En négligeant de prendre une telle mesure, le patron répondra de tout dommage arrivé aux marchandises⁴⁹, car le devoir de transporteur lui impose de prendre tous les soins utiles pour leur conservation. Par là il est débiteur de leur livraison en bon état et responsable des avaries survenues par la faute de ses hommes ou par sa négligence. En vertu du même devoir, le capitaine répond de toute marchandise oubliée sur le quai⁵⁰.

171. — A quelle époque cette pratique se généralisa, il est difficile de le préciser, mais vers la fin du XV^e siècle la plus grande partie des transports cesse d'être accompagnée par les propriétaires des marchandises⁵¹. Cette transformation dans les pratiques maritimes se réalisa sous l'influence de l'assurance — les chargeurs cherchant la sécurité dans une convention plus efficace que la garantie que leur offrait la surveillance directe du voyage ou la confiance accordée au capitaine.

L'entrée en jeu de ce nouvel intéressé — l'assureur — a eu comme conséquence une restriction des pouvoirs du capitaine sur la cargaison. Le droit nordique contient toute une série de dispositions tendant à protéger les droits des chargeurs. Et ici comme pour les pouvoirs du capitaine sur le navire, les mesures restricti-

48) Rec. de 1614, tit. 3, pr. 19. PARD. II, p. 536.

49) Rec. de 1641, tit. 3, pr. 19. PARD. II, p. 536.

50) Rec. de 1434, art. 11 ; Rec. de 1447, ch. 10 ; et Rec. de 1530, ch. 19, PARD. II, p. 470 et 493.

51) WAGNER, op. cit. I, p. 23. s.

ves se rencontrent avec des dispositions toutes opposées.

Dans certains recès, la vente des marchandises pour subvenir aux besoins de l'expédition est complètement interdite⁵², comme une conséquence nécessaire de la défense faite au capitaine d'emprunter à la grosse⁵³. S'il passe outre son acte sera considéré comme un vol, et il sera puni avec la sanction attachée à ce délit.

Par contre, d'autres villes maritimes permettent cette vente et même y astreignent le capitaine toutes les fois qu'il manque de moyens pour partir à un moment très favorable⁵⁴.

172. — Le capitaine répond de toute infidélité, de toute faute intentionnelle non seulement vis-à-vis des chargeurs, mais encore vis-à-vis des pouvoirs publics, les villes hanséatiques ayant attaché une très grande importance au commerce maritime⁵⁵.

Il ne peut changer la destination du navire sous peine de payer tout le dommage arrivé à la marchandise et d'être emprisonné, voire de perdre la vie quand il a agi dans une intention frauduleuse⁵⁶. Le capitaine est de même répréhensible lorsqu'il relâche sans nécessité évidente⁵⁷.

L'obligation de soigner la marchandise que le capitaine assumait en vertu de l'engagement spécial pris envers les chargeurs, se transforma sous l'influence de la réglementation municipale en un véritable devoir légal rattaché de plein droit à la profession de directeur du navire⁵⁸. Il est tenu de travailler au sauvetage des

52) Rec. de 1418, ch. 4, PARD. II, p. 468.

53) Rec. de 1447, ch. 14, et de 1572, ch. 7, PARD. II, p. 502.

54) Coutume d'Amsterdam, art. 4 et 5, PARD. I, p. 408 correspondant à l'article 23 des Rôles d'Oléron.

55) Les puissantes villes de trafiquants intervinrent sans cesse dans la réglementation des rapports privés, chaque dérogation aux coutumes ou aux statuts étant considérée comme une atteinte portée aux intérêts publics. C'est ainsi que tout manquement à un devoir contractuel était sanctionné en même temps par une peine publique, le plus souvent une amende, quelquefois la prison et la peine capitale. Ces poursuites ne concernaient pas seulement le capitaine mais aussi les armateurs ; ainsi le recès de 1591, pr. 11, punit d'amende le propriétaire qui ne fournissait pas sa part dans l'expédition ou qui n'assistait pas en personne ou qui ne se faisait pas représenter pour la reddition des comptes que le capitaine devait faire après chaque voyage (Rec. de 1591, pr. 12, PARD. II, p. 512). Les marchandises chargées au-dessus de la capacité normale du navire étaient confisquées au profit des villes hanséatiques, ce chargement non-réglementaire étant considéré comme portant atteinte à la sécurité de la navigation et partant à l'intérêt public. Rec. de 1614, tit. 3 pr. 2.

56) Rec. de 1447, ch. 21 ; de 1470, ch. 2, PARD. II, p. 485 et 487.

57) Rec. de 1591, ch. 55, PARD. II, p. 525.

58) Rec. de 1614, tit. 3, pr. 19, PARD. II, p. 537.

marchandises et d'y faire travailler son équipage⁵⁹. Avant de procéder aux sacrifices des biens pour sauver l'expédition, ou d'engager toute dépense qui se répercuterait sur les chargeurs, le capitaine doit prendre la précaution de consulter l'équipage — son pouvoir de disposer des marchandises devant être exercé sous la garantie de certaines formalités⁶⁰.

L'activité du capitaine se présente vis-à-vis des tiers dans son ensemble de gestion de l'expédition. C'est pourquoi il n'y a pas de distinction à faire entre la cargaison et le navire. La responsabilité des chargeurs pour les actes du capitaine ne peut dépasser la responsabilité de l'entreprise, à l'exception toutefois des actes accomplis en vertu d'un mandat spécial. Tant que le capitaine agit dans les limites de ses devoirs, les chargeurs sont présumés s'être adressés à un entrepreneur qui exécute le transport sous sa propre responsabilité. C'est ainsi qu'ils ne pourront être poursuivis en dehors des biens confiés au capitaine même si les mesures prises par ce dernier devaient sauvegarder leurs droits⁶¹.

173. — Dominé au début par un profond esprit d'association, le contrat de transport continue à réaliser la sauvegarde des droits des chargeurs par la mission confiée au capitaine. Survivance des pratiques où l'on trouve ensemble assurance mutuelle, mandat et dépôt, ce mandat d'origine coutumière se diffuse dans toute une série d'institutions qui donnent à la responsabilité du transporteur maritime un caractère particulier.

Les pouvoirs que le capitaine exerce sur la cargaison apparaissent tantôt comme la conséquence de ses attributions de transporteur, tantôt comme l'exercice d'un mandat pour le compte des chargeurs. Cette confusion entre les obligations du capitaine comme transporteur ou comme représentant du transporteur et celles découlant de la procuration conférée par les marchands, ne mettait pas en danger les droits de ces derniers tant que l'intérêt du

59) Rec. de 1591, ch. 45, PARD. II, p. 520.

60) Wisby, art. 22, PARD. I, p. 475.

61) Le droit d'abandonner les marchandises pour les frais de sauvetage est spécialement mentionné dans le Rec. de 1447, ch. 23, PARD. II, p. 485.

capitaine dans l'entreprise couvrait également les deux responsabilités. Mais lorsque le capitaine devient un simple préposé, et lorsqu'un nouvel intéressé à la réalisation de l'expédition, — l'assureur, — apparaît, la distinction entre les deux qualités devient d'un intérêt capital. Les chargeurs se désolidarisent de plus en plus du salut de l'ensemble de l'expédition, leur associé ou leur mandataire n'est plus qu'un transporteur ou un représentant du transporteur⁶². Au XVI^e siècle les liens existant entre le capitaine et le chargeur sont définitivement caractérisés : ce dernier « ne connoist les actions du maistre non plus que luy »⁶³. N'étant pas choisi, et moins encore surveillé par le chargeur, le capitaine ne peut se réclamer d'un mandat autre que celui d'exécuter le transport.

Tandis que les liens avec l'armateur s'affermissent et tendent à faire du capitaine un simple préposé⁶⁴, un directeur technique dépourvu de tout intérêt personnel dans l'entreprise, les rapports avec les chargeurs s'imprègnent de cet élément d'indifférence qui caractérise le lien avec le transporteur par opposition au lien avec le mandataire⁶⁵.

Conclusion

174 — Dans le Nord de l'Europe comme dans le Midi, la responsabilité du capitaine est la responsabilité du transporteur. Pendant longtemps le capitaine fut un entrepreneur, un commerçant également responsable vis-à-vis des propriétaires du navire, de ceux qui ont fourni l'armement, des chargeurs, des pouvoirs publics.

62) L'assureur ne paiera pas le dommage arrivé à la marchandise par la faute commise par le capitaine dans l'exécution d'une mission spécialement confiée par le chargeur « parce que telle chose ne dépend du devoir du maistre, mais du chargeur ou son facteur, en lieu desquels le maistre a été commis ». *Guidon de la mer*, ch. IX, pr. 9.

63) *Guidon*, ch. X, pr. 6.

64) Le propriétaire « a esliu et choisi » le capitaine ; il a en outre le droit de le « déposer de sa maîtrise ». *Guidon*, ch. XV, pr. 4.

65) Les chargeurs « ne connoist les actions du maistre non plus que luy », *Guidon*, ch. X, pr. 6.

A la base de cette responsabilité il y avait toujours son intérêt direct dans l'expédition, son indépendance économique, son activité d'organisateur. Mais à côté de lui se dessine peu à peu autour de la propriété du navire un pouvoir nouveau: l'armement⁶⁶. Le capitaine se voit ainsi déposséder de ses attributions d'organisateur; son initiative se limite à l'exercice normal d'un mandat pour le compte de l'armateur; son intérêt dans l'expédition se réduit à un simple salaire⁶⁷. Ce déplacement d'autorité s'accompagne d'un déplacement de responsabilité. Tout ce qui pesait sur le capitaine forme maintenant les obligations de l'armateur.

Cependant, le capitaine répond encore vis-à-vis des chargeurs comme par le passé, c'est-à-dire il fait encore figure de transporteur, personnellement tenu de l'exécution de l'affrètement. Cette responsabilité est animée par un principe nouveau. C'est que le capitaine est un agent d'exécution qui a hérité des anciennes attributions de maître, qui rentre en contact avec les tiers, et qui, de plus, gère le gage le plus important des créanciers: le navire. Il servira ainsi à mettre en oeuvre la responsabilité de l'armateur et à maintenir les institutions du droit coutumier dans leur résultat final, favorable au transporteur.

La codification du droit maritime mettra pleinement en évidence ce rôle formel du capitaine.

66) Les victuailleurs, Guidon, ch. XI, pr. 1.

67) Sans doute cette transformation ne se produit complètement qu'à une époque assez récente. Seulement pour mettre mieux en évidence le sens de l'évolution, nous considérons le résultat le plus avancé.

DEUXIÈME PARTIE

LA RESPONSABILITÉ DU CAPITAINE

CRITÉRIUM LÉGAL

CHAPITRE PREMIER

L'ORDONNANCE DE LA MARINE

I

La codification du droit maritime et la responsabilité du capitaine

1. — *Rédaction de l'Ordonnance*

175. — L'Ordonnance de la Marine fait partie à la fois d'une vaste oeuvre législative poursuivie sous Louis XIV pour réaliser l'unité du droit dans toute la France¹; et d'une politique de développement de la marine marchande².

La nécessité d'avoir une loi précise et complète était plus pressante encore dans ce domaine où régnaient un nombre considérable de statuts locaux, de recueils coutumiers et d'ordonnances, avec des dispositions souvent contradictoires.

1) L'Ordonnance sur la procédure civile de 1667 ; l'Ordonnance sur la procédure criminelle de 1670 ; l'Ordonnance sur le commerce de terre de 1673 etc. GLASSON, t. VIII, p. 178, s.

2) Inaugurée par Colbert pour retirer aux pavillons étrangers et surtout à celui hollandais l'exportation française. cf. DE ROUSIER, op. cit., p. 220.

Elle répondait d'ailleurs à un besoin ressenti partout, car dès sa publication elle fut adoptée comme modèle ou comme loi nationale par presque tous les Etats intéressés à la prospérité du commerce maritime.

La rédaction de cette ordonnance comme de toutes celles qui l'ont précédé a été réalisée après une enquête approfondie dans le milieu même où s'est élaboré le droit maritime, c'est-à-dire dans les ports et devant les juridictions qui connaissaient des affaires maritimes³. C'est ainsi que les textes adoptés par les rédacteurs gardent les traces du contact avec la vie pratique, avec les formules qui mettent en mouvement la règle de droit.

176. — Aucun progrès remarquable n'est réalisé dans la construction du navire. L'essor de la navigation est dû uniquement au surcroît de précision gagné dans la technique grâce à la découverte de la boussole. Les mêmes dangers guettent les expéditions en mer au XVII^e siècle comme au Moyen-Age. Seulement la lutte contre les risques de mer s'engage sur un autre terrain: l'assurance et la concentration des capitaux. En effet, d'une part le commerce d'assurance absorbe de plus en plus le risque pour donner aux armateurs une grande sécurité, d'autre part les capitaux se dirigent vers le commerce de mer — source abondante de bénéfices. Des mesures favorables à ce courant sont prises en outre par les rois pour intéresser à la navigation la nation entière et surtout les classes que la tradition tenait éloignées des spéculations⁴.

L'entreprise maritime devient ainsi l'affaire des grandes compagnies ou d'un groupe d'armateurs puissants qui entendent la diriger effectivement. Le capitaine n'est plus qu'un instrument de l'exploitation du navire, un simple préposé de l'armateur.

Il est vrai que la personnalité du capitaine joue encore un certain rôle dans la conclusion des différents contrats et que sa

3) PARD. IV, p. 242, s. — GLASSON, op. cit., p. 199, s.

4) Louis XIV, par un édit de Mai 1664, autorise tous ses sujets à participer aux compagnies des Indes orientales et occidentales. D'autres mesures semblables avaient été prises par ses prédécesseurs. V. VALIN, sur le titre VIII, liv. II, vol. I, p. 561.

capacité et ses qualités sont encore prises en considération par ceux qui ont un intérêt dans l'expédition. Ainsi les assureurs accepteront une prime moins élevée pour assurer un navire conduit par un capitaine qui a fait ses preuves⁵. D'autre part, il est évident que les grands dangers courus par l'expédition peuvent être évités dans une certaine mesure par l'initiative heureuse du capitaine ce qui déterminera les affréteurs à préférer un navire conduit par un capitaine connu plutôt que par un autre. Mais tout cela est insuffisant pour que le capitaine conserve au sein de l'entreprise une position véritablement indépendante.

2. — *La responsabilité du capitaine*

177. — La responsabilité du capitaine trouva dans l'Ordonnance toute l'étendue qu'elle avait dans les recueils coutumiers depuis la *Compilation Rhodienne* et jusqu'aux *Recès Ranséatiques*.

Au premier contact avec les institutions du droit maritime on pouvait même croire que le capitaine est toujours maître de l'entreprise du transport, qu'il organise toujours l'expédition en son nom et pour son propre compte. Et ce n'est que dans un seul article que l'Ordonnance rappelle le changement subi par l'exploitation du navire en consacrant la responsabilité des propriétaires pour les « *faits du maître* »⁶.

Cette méthode législative rappelle le procédé employé par le prêteur romain pour sanctionner le trafic maritime exercé par l'intermédiaire d'un préposé. En effet, en édictant la responsabilité de l'armateur le droit romain ne déchargeait pas le *magister navis*; au contraire celui-ci restait tenu de répondre de

5) EMERIGON (vol. I p. 183) relate une délibération de la Chambre de commerce de Marseille du 26 Novembre 1692 concluant à la prohibition de la stipulation: « le capitaine ou tout autre pour lui », insérée dans les contrats d'assurances, afin d'empêcher la fraude consistant dans le fait de mentionner un capitaine connu lorsque ce capitaine ne devait figurer dans la police que pour obtenir une prime plus avantageuse.

6) Les propriétaires de navires seront responsables des faits du maître : mais ils en demeureront déchargés en abandonnant leur bâtiment et le fret ». Art. 2, liv. II, tit. VIII.

l'activité de l'entreprise à côté de l'armateur.

La persistance de la responsabilité du capitaine s'expliquait autrefois par l'imperfection de la représentation en droit romain. A l'époque de la rédaction de l'Ordonnance le principe de la représentation avait acquis depuis longtemps droit de cité, les actes conclus par le représentant réfléchissant directement sur le représenté⁷. D'autre part, la responsabilité du transporteur pour les actes de ses préposés était consacrée d'une façon générale par la coutume⁸ et par la doctrine⁹. Aussi les commentateurs de l'Ordonnance enseignent que le capitaine ne répond pas personnellement mais en sa qualité de mandataire légal de l'armateur¹⁰. Sans le dire expressément, l'Ordonnance laisse même entrevoir ce rôle du capitaine qui est appelé dans plusieurs articles à répondre en « *son nom* »¹¹ par opposition aux nombreuses dispositions dans lesquelles il n'y a aucune précision sur la nature de sa responsabilité.

Au surplus les obligations du capitaine sont distribuées dans deux endroits différents: d'abord dans un titre spécial (tit. I du liv. II) et ensuite à l'occasion des contrats maritimes. En consacrant ainsi un titre spécial au capitaine, le législateur a senti le besoin d'isoler en quelque sorte la responsabilité personnelle du capitaine et de lui donner un statut professionnel propre.

7) Le droit canon avait admis d'une façon complète le principe de la représentation : « *potest qui per alium, quod potest per se ipsum* » et « *qui facit per alium, est perinde ac si faciat per se ipsum* ». — C. 68. de R. I. in VI^o 5, 12, cité par WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, Note e Riferimenti al diritto civile italiano. P. BONFANTE, C. FADA, E. BENSA, t. VI, p. 435.

8) « Les voituriers soit par terre, soit par eaux, sont responsables du fait de leurs préposés... C'est encore raison écrite, c'est le droit commun... » BOURJON, *Droit Commun de la France*, t. II, liv. VI, tit. III, ch. I, sect. Ière, n° 3.

9) « Tous ceux qui pour leur commerce sur terre ou sur mer se servent de « commis, agents et autres préposés sont représentés, en ce qui regarde ces commerces, par ceux qu'ils commettent, de telle sorte que le fait de ces préposés est le « leur propre. Ainsi, ils sont obligés de ratifier ce qui a été traité avec leur commis. « Ainsi, il répond du fait, du dol et des tromperies des personnes qu'ils ont préposés. » DOMAT, *Lois civiles*, tit. XVI, sec. III, n° 1, p. 160.

10) « ... Il n'y a d'action directe et condamnation exécutoire contre le maître que « lorsque l'engagement lui est propre... Tous autres jugements rendus contre lui ne « sont exécutoires que contre le propriétaire ou, ce qui est la même chose, s'ils le sont « contre lui, ce ne peut être qu'en nom qualifié, comme représentant les propriétaires jusqu'à concurrence de ce qu'il a entre les mains à lui appartenant. » VALIN, art. 2, liv. II, tit. VIII, p. 537.

11) Liv. II, tit. I, art. 12, 17, 20 et 26, correspondant aux articles 229, 232, 236 et 241 du Code de commerce.

178. — Si le capitaine ne répond en son nom que pour certains manquements se rattachant à ses devoirs professionnels, toute la responsabilité de l'entreprise devant peser en dernier sur les propriétaires du navire, pourquoi n'a-t-on pas rattaché les institutions maritimes directement à leur titulaire et a-t-on préféré par contre cette voie détournée de la responsabilité du capitaine?

L'explication fournie par une partie des commentateurs de l'Ordonnance n'est pas loin de la théorie professée par les jurisconsultes romains¹² qui enseignent que l'édit du prêteur n'a fait qu'ajouter un nouveau débiteur, l'*exercitor*, au débiteur civil — le *magister navis*, toujours responsable vis-à-vis des créanciers de l'entreprise¹³. En effet, après avoir reconnu la qualité en laquelle le capitaine est indiqué dans les textes, les commentateurs en reprenant l'étude des contrats maritimes, considèrent le capitaine responsable de toute l'exploitation du navire.

Pour Pothier le capitaine répond personnellement de l'exécution de toutes les obligations découlant du contrat d'affrètement. Bien que ce contrat « soit fait pour le profit des propriétaires du navire et que le maître doive leur en rendre compte, c'est néanmoins le maître du navire qui est proprement locateur; c'est en la personne du maître que réside l'action qui naît de ce contrat contre l'affrèteur, quoique l'affrèteur ait aussi contre les propriétaires du vaisseau l'action exercitoire »¹⁴. Et les sept chefs d'obligations dans lesquelles cet auteur analyse le contrat d'affrète-

12) V. supra n° 50.

13) Les auteurs hollandais en reprenant l'étude des institutions romaines ont été très enclins de leur trouver l'existence non altérée dans le droit maritime de l'époque. C'est ainsi que LOCCENIUS discutait encore si le demandeur devait choisir entre l'action contre le capitaine et celle contre l'armateur. De même VINNIUS se demandait si l'action contre l'armateur est encore une action oblique ou quasi-oblique. (V. EMERIGON, II, p. 450). Entre autres CUJAS soutenait que l'action en contribution n'appartenait pas aux chargeurs, mais seulement au capitaine. C'est toujours sous l'influence du droit romain que les jurisconsultes ont méconnu la nature du lien existant entre les armateurs du même navire : et ils y ont vu une copropriété là où il y avait une véritable société. Cf. RIPERT, I, n° 741.

14) Et plus loin : « lorsque c'est le maître du navire qui l'a loué à l'affrèteur, quoique ce soit pour le compte et au profit du propriétaire du navire son commettant qui l'ait loué, et qu'il lui doive tenir compte du fret, c'est proprement au maître que le fret est dû, c'est en sa personne que réside l'action pour en être payé. » Observation de POTHIER sous le n° 4, Contrats Maritimes, éd. Bugnet, p. 380.

ment sont autant de cas de responsabilité personnelle du capitaine. Etant donné l'usage auquel est destiné un navire, en le louant, le capitaine promet implicitement de prendre les marchandises « en sa garde et de s'en charger envers les affrêteurs ». En vertu du même contrat d'affrètement le capitaine est tenu « d'apporter tant avant le départ que durant le voyage le soin convenable pour la conservation des marchandises chargées sur le navire »¹⁵. Le capitaine répond de sa faute légère vis-à-vis des chargeurs parce qu'ainsi on apprécie la responsabilité du débiteur dans le contrat de louage¹⁶. Toutes les obligations comme tous les droits du capitaine remontent de la sorte à une source contractuelle: l'affrètement. Dans ce système si le capitaine exige le paiement du fret, c'est qu'il a un droit direct à toucher le paiement du navire, un droit remontant à l'affrètement conclu entre lui et le chargeur¹⁷. Bien que Pothier reconnaisse au capitaine la qualité de mandataire, il le présente néanmoins comme agissant en nom propre et partant comme étant tenu de supporter toute la responsabilité de l'entreprise, comme une sorte de commissionnaire ou de caution de l'armateur.

Les autres commentateurs n'apportent pas une distinction plus dégagée de toute survivance historique, sur la nature de la responsabilité du capitaine. Nous lisons ainsi dans Emerigon que « le capitaine est tenu de tous les dommages qui arrivent à la marchandise par sa faute, car moyennant le nolis qui est payé il doit rendre la marchandise telle qu'il l'a reçue, à moins que le dommage ne procède d'un accident »¹⁸. Il est certain que ce langage est loin d'écarter l'équivoque signalé dans les textes de l'Ordonnance.

Et Valin est aussi peu clair quand il affirme que « c'est au maître du navire que sont confiées les marchandises qui y sont chargées, c'est donc à lui à en répondre »¹⁹. Cette manière de

15) POTHIER, *op. cit.*, n° 31.

16) POTHIER, *loc. cit.*

17) POTHIER, *op. cit.*, n° 78.

18) EMERIGON, *Ass.*, ch. XII, sec. 4, p. 377.

19) VALIN, sur l'art. 9, tit. I, liv. II, t. I, p. 394.

s'exprimer vient renforcer la formule légale si catégorique adoptée par les auteurs dans la doctrine ci-dessus exposée : « Demeurera responsable de toutes les marchandises chargées sur son bâtiment, dont il sera tenu de rendre compte sur le pied des connaissements »²⁰.

179. — La nécessité de conserver ce débiteur est d'autant plus grande que la responsabilité de l'armateur est davantage susceptible d'être restreinte à une infime partie de son patrimoine. Or, en règle générale, le mandant comme l'exercitor romain, répond sur toute sa fortune des engagements pris par l'intermédiaire d'un représentant. Lorsque la loi déclare que les propriétaires du navire peuvent se libérer de la responsabilité découlant de l'activité du capitaine en abandonnant le navire et le fret, elle présume par là même qu'il y a un autre débiteur qui répond pour le tout — et ce ne peut être que le capitaine. Toutes les fois que celui-ci excède les pouvoirs conférés par l'armateur ou par la loi, il est responsable personnellement sur toute sa fortune, comme étant en faute de ne pas s'être conformé à son mandat. Sa responsabilité est une juste garantie pour les tiers qui ont souffert un préjudice et qui se sont vus réduire leur recours au navire et au fret. Par contre lorsque le capitaine agit dans les limites légales ou conventionnelles de son mandat, il sera injuste de lui faire supporter la responsabilité des engagements pris pour les besoins de l'expédition²¹; c'est pourquoi l'armateur doit le décharger de tous ces engagements sans pouvoir exercer la faculté d'abandon accordée par le deuxième paragraphe de l'art. 2, tit. VIII, liv. II²². En vertu de la représentation, les dettes contractées par le capitaine dans les limites de ses pouvoirs deviennent des dettes « pro-

20) Art. 9, tit. I, liv. II.

21) Emprunt ou vente de marchandises pour radoubier le navire pendant le voyage, pour les autres besoins de l'expédition. Art. 19, tit. I, liv. II, correspondant à l'art. 234 C. Com.

22) « Car cette disposition n'a d'application qu'aux obligations du maître pour lesquelles il n'y aurait pas de recours contre le propriétaire du navire, pour en être par eux indemnisé... Le propriétaire des marchandises vendues peut donc, comme exerçant le droit du maître, son débiteur du prix, s'adresser au propriétaire du navire, *celeritate conjungendarum actionum*, pour demander ce prix. » POTHIER, op. cit. n° 34, p. 394.

pres et personnelles à l'armateur tout comme s'il les eut contractées lui-même »²³.

La responsabilité de l'entreprise apparaît ainsi comme une résultante des deux responsabilités de nature différente lesquelles subsistent dans la pratique courante avec leurs règles propres : celle du capitaine, d'origine coutumière, toujours égale à la dette, et celle de l'armateur, élaborée sous l'influence du droit romain, tantôt égale à la dette, tantôt limitée au navire et au fret, suivant qu'il s'agit des contrats ou des délits du préposé. Ainsi pour les commentateurs, le capitaine reste sur la scène juridique non seulement comme un représentant de l'armateur, mais encore pour répondre de ses engagements et surtout des dommages causés aux tiers par son propre fait ou par le fait de l'équipage²⁴.

180. — Sans doute le capitaine doit répondre de ses actes abusifs, de ses fautes intentionnelles²⁵, sans pouvoir se retrancher derrière sa qualité de préposé. En ce sens les textes qui établissent sa responsabilité peuvent être considérés comme le rappel du droit commun.

Mais nous croyons que ce n'est pas pour consacrer cette responsabilité que l'Ordonnance se réfère à lui pendant toute la réglementation des institutions juridiques.

Son intérêt dans l'entreprise est trop réduit pour qu'il puisse couvrir les risques énormes entraînés par l'exploitation du navire. Il possède encore un grand pouvoir d'initiative, mais ce n'est qu'une conséquence naturelle du milieu dans lequel se déploie son activité, qu'une sorte d'instrument juridique de navigation, et nullement un droit propre, source de responsabilité personnelle.

Si le législateur a visé le capitaine c'est d'abord parce que celui-ci est présent à toutes les opérations qui concourent à la réalisation du transport, depuis le chargement jusqu'à la déli-

23) VALIN, sur l'art. 2, tit. VIII, liv. II, t. I, p. 568.

24) D'après VALIN (sur l'art. 5, tit. I, liv. II, t. I, p. 385), le capitaine répond des fautes de l'équipage conformément aux principes de la responsabilité du transporteur en droit romain (fr. 7, Dig. IV, 9) c'est-à-dire parce qu'il emploie les matelots « à ses risques ».

25) EMERIGON, ch. IV, sec. X. Ass., p. 456.

vance des marchandises. Pratiquement il sert à délimiter les obligations respectives des parties et à fixer ainsi le cadre des devoirs du transporteur. En désignant une personne, le législateur a visé un ensemble de phénomènes organisés dont l'intégration dans le plan social a abouti à une certaine distribution de risques. Pour conserver cette distribution de risques si particulière aux institutions du droit maritime, le législateur a procédé avec la plus grande prudence; c'est pourquoi il a adopté les formules mêmes employées par la pratique — celles où le capitaine apparaissait comme le maître de l'entreprise, responsable de toute l'exécution du transport.

Cette méthode législative a été commandée surtout par l'éten due particulière de la responsabilité de l'armateur. En effet, à la différence du transporteur terrestre, le transporteur maritime ne répond que dans les limites des biens exposés aux risques de mer et non sur tous ses biens. Survivance d'une époque où le capitaine prenait en commande le navire, cette responsabilité fut pratiquée avec la conscience de plus en plus nette qu'il s'agit d'une faveur qui doit être cantonnée dans certaines limites²⁶.

D'autre part, la France était divisée sur la portée de la limitation légale. Dans le midi cette limitation s'appliquait sans aucune distinction entre les contrats et les délits, c'est-à-dire pour toute l'exploitation normale du navire; dans le nord l'armateur ne pouvait se libérer par abandon que pour les actes délictuels ou quasi-délictuels du capitaine.

Autant de difficultés qui dictaient au législateur de procéder avec la plus grande prudence et de maintenir les formules traditionnelles, plus susceptibles de servir les intérêts de la navigation et le développement de l'armement.

Le capitaine apparaît ainsi comme une marque, comme un critérium légal pour reconnaître l'exploitation normale du navire, pour déterminer tout ce qui peut se grouper sous l'étiquette de

26) Le droit d'abandon est une « grâce qui est contraire au droit commun ». EMERIGON, ch. XII, sec. III Ass., p. 369.

« *faits du maître* », c'est-à-dire pour mettre en oeuvre la responsabilité de l'armateur. C'est avant tout cet aspect technique qui explique la place dominante que l'Ordonnance assigne au capitaine, comme il explique la persistance d'une responsabilité dépourvue de fondement économique.

En utilisant le capitaine pour désigner la responsabilité de l'armateur, le législateur a montré par là même la signification que doit avoir la responsabilité du capitaine. Simple organe de l'entreprise de transport, le capitaine agit en principe dans le cadre de cette entreprise. Pour qu'il engage sa responsabilité personnelle, il faut qu'il montre une volonté expresse de s'obliger ou qu'il commette une faute qui dépasse les limites des erreurs inévitables dans la direction du navire. Il ne pourra donc être poursuivi sur sa fortune pour les engagements pris dans l'intérêt de l'expédition même lorsque les créanciers se sont vus opposer le droit d'abandon. La perte du navire doit libérer aussi bien l'armateur que lui²⁷.

181. — Ce rôle du capitaine dans la codification du droit maritime, éclaire singulièrement la portée de la responsabilité de l'armateur. La responsabilité limitée inscrite dans l'article 2, tit. VIII, liv. II, est une règle générale pour toute l'exploitation normale du navire, c'est-à-dire pour tout ce qui rentre dans les attributions du capitaine et est exécuté sans une intervention exorbitante de l'armateur, sans une volonté précise d'assumer un risque plus grand que celui déterminé par la loi. Pour consacrer le principe de cette responsabilité le législateur s'est servi d'une formule brève et substantielle: « *faits du maître* »²⁸. Contrats, délits, quasi-délits, tout doit rentrer dans ces faits du maître, du moins dans la mesure où ils se rattachent à l'exploitation du navire.

Cependant, comme nous avons vu plus haut, une partie des commentateurs de l'Ordonnance conteste l'unité de la responsa-

27) EMERIGON, ch. IV, sec. IX, Ass., p. 447.

28) Art. 2, tit. VIII, liv. II.

bilité de l'armateur, en faisant une distinction entre les fautes du capitaine, seules envisagées par le texte, et les contrats du même, nécessairement régis par le droit commun, et engageant par conséquent la responsabilité de tout mandant pour les actes de son mandataire²⁹.

D'abord comment admettre que l'Ordonnance qui a réglé toutes les matières concernant le droit maritime, contient pour une question aussi importante que la responsabilité de l'armateur seulement une disposition fragmentaire visant les fautes du capitaine et laisse, par contre, les contrats sous l'empire du droit commun? Les contrats aussi bien que les actes matériels sont des moyens mis à la disposition du capitaine pour réaliser sa mission, de véritables instruments de navigation. Une distinction entre ces moyens quant à la responsabilité de l'armateur, est entièrement arbitraire et contraire à l'esprit qui a présidé à l'élaboration de l'Ordonnance; elle aboutit toujours à faire de la limitation légale une règle exceptionnelle dans le cadre même de l'entreprise.

Pour rétablir l'intégrité de la disposition légale, pour mieux marquer le caractère de la responsabilité de l'armateur, Emerigon emploie un langage vigoureux, destiné à écarter toute équivoque.

Il est vrai que l'armateur doit comme tout commettant garantir l'activité de son préposé, mais cette garantie ne va pas au delà de la limite fixée par la loi: le navire et le fret. Et cela parce que le capitaine n'a été investi que d'un pouvoir cantonné invariablement à la fortune de mer. « S'il prend des deniers à la
« grosse, s'il vend des marchandises pour la nécessité commen-
« cée, il n'oblige proprement que le navire seul, lequel venant à
« périr les obligations attachées au vaisseau s'évanouissent par
« le naufrage. »³⁰. ... « On voit par là que l'obligation où les pro-
« priétaires sont de garantir les *faits* de leur capitaine est plus
« réelle que personnelle. Son pouvoir légal ne s'étend pas au delà
« de la limite du navire dont il est maître, c'est-à-dire adminis-

29) V. *supra*, n° 178.

30) EMERIGON, ch. IV, sec. IX, Grosse, p. 447.

« trateur. Il ne peut engager la fortune de terre de ses armateurs qu'autant que ceux-ci ont consenti d'une manière spéciale. »³¹. ...« Il ne doit contracter aucune obligation qui ne soit inhérente au navire même et qui ne dépende du succès de l'expédition maritime. »³².

Pour concrétiser ainsi davantage la portée de la limitation légale, l'auteur rapproche la responsabilité personnelle de l'armateur de la responsabilité réelle³³ pour laquelle toute distinction entre les « faits du maître » serait impuissante à atteindre la fortune de terre de l'armateur. Qu'y a-t-il à dire sinon que la loi établit une responsabilité générale pour l'exploitation normale du navire, c'est-à-dire pour tout ce qui rentre dans les attributions du capitaine?

Plus pénétré de l'origine de la règle et plus conscient de sa valeur économique, sentant mieux les causes qui ont obligé les rédacteurs de l'Ordonnance à suivre le langage traditionnel, Emerigon en consolide le fonctionnement en rendant au capitaine sa véritable signification de criterium de mise en oeuvre de la responsabilité de l'armateur.

II

La position du capitaine dans l'entreprise maritime

1. — *Les attributions du capitaine et l'exécution du transport*

182. — Le capitaine jouit d'une grande liberté d'action dans

31) EMERIGON, ch. IV, sec. X. Grosse, p. 454.

32) EMERIGON, op. cit., p. 458.

33) Ce rapprochement a été invoqué plus tard pour soutenir que l'art. 2 (tit. VIII liv II) contient véritablement le principe d'une responsabilité réelle. C'est pourquoi d'ailleurs l'Ordonnance n'a visé que le propriétaire du navire et non l'armateur. Cet argument de terminologie ne peut être d'aucun secours à la théorie de la responsabilité réelle. Le législateur a été bref : comme il a visé l'exploitation normale de l'entreprise maritime par une formule substantielle — « faits du maître » — il a visé aussi le titulaire de cette exploitation par celui qui est le plus souvent armateur, c'est-à-dire par le propriétaire. Puisqu'il sanctionnait l'activité organisée il ne pouvait pas exclure ceux qui n'étaient qu'organiseurs sans être en même temps propriétaires. »

l'exercice de son mandat, car les conditions spéciales du milieu où il agit exigent une initiative prompte et une autorité qui puisse faire face à toute nécessité pressante, suppléer la présence de tout intéressé à l'expédition. Sous l'impérative de ces contingences les pouvoirs du capitaine ont été organisés par la coutume commerciale dans un système objectif se rattachant au statut de la navigation. L'emprunt à la grosse³⁴, la vente des marchandises pour subvenir aux besoins de l'expédition³⁵, l'engagement des opérations de sauvetage³⁶, le rachat et la composition apparaissent ainsi comme de véritables instruments de navigation que les tiers ont le droit de considérer comme étant à la disposition du capitaine. Etant présumé maître, le capitaine doit « jouir du libre exercice des pouvoirs que cette qualité lui défère »³⁷. L'armateur ne saurait par conséquent opposer valablement aux tiers une restriction imposée à une de ces attributions du capitaine. Bien plus, certaines formalités prévues par l'Ordonnance, comme la consultation de l'équipage pour les décisions les plus importantes concernant l'expédition, n'ont qu'une portée assez réduite, puisque le capitaine n'est pas tenu de suivre l'avis de l'équipage. Directeur général de l'expédition, sa décision est présumée être la meilleure³⁸.

La liberté d'action du capitaine ayant son principe surtout dans la nécessité, ne doit normalement s'exercer que pendant le

34) ... « De tous temps, par les Us et Coutumes de la mer, il a été permis au maître pendant le voyage, de prendre deniers à la grosse ou autrement ». VALIN, sur l'art. 19, tit. I, liv. II, t. I, p. 445.

35) Art. 19, tit. I, liv. II : « Pourra aussi (le maître) pendant le cours de son voyage prendre deniers sur le corps et quille du vaisseau, pour radoub, victuailles et autre nécessité du bâtiment : même mettre des appareils en gage ou vendre des marchandises de son chargement à condition d'en payer le prix sur le pied que le reste sera vendu : le tout par l'avis des contre-maître et pilote qui attesteront sur le journal la nécessité de l'emprunt et de la vente, et la qualité de l'emploi ; sans qu'en aucun cas il puisse vendre le vaisseau, qu'en vertu de procuration spéciale des propriétaires.

36) Art. 26, tit. I, liv. II : « Leur faisons défense (aux capitaines) d'abandonner leur bâtiment pendant le voyage, pour quelque danger que ce soit, sans l'avis des principaux officiers et matelots ; et en ce cas, ils seront tenus de sauver avec eux l'argent, et ce qu'ils pourront des marchandises les plus précieuses de leur chargement, à peine d'en répondre en leur nom et de punition corporelle ».

37) EMERIGON, ch. IV, sec. III, Grosse, p. 443.

38) EMERIGON, ch. XII, sec. IV, Ass., p. 376. Par contre, VALIN considère que le capitaine est obligé de se conformer à cet avis. Commentaire sur l'art. 15, tit. I, liv. III, p. 381.

voyage³⁹. Au lieu de demeure de l'armateur le capitaine est tenu par contre de s'entendre avec son commettant toutes les fois qu'il prend une décision concernant l'expédition. « Ne pourra (le capitaine) dans le lieu de la demeure des propriétaires, faire travailler au radoub du navire, acheter voiles, cordages, ou autres choses pour le bâtiment, ni prendre pour cet effet argent sur le corps du vaisseau, si ce n'est de leur consentement, à peine de payer en son nom ». (Art. 17, tit. I, liv. II). Cependant, certaines prérogatives sont réservées au capitaine même avant le départ du navire: « Appartiendra au maître de faire l'équipage du vaisseau, et de choisir et louer les pilotes, contremaîtres, matelots et compagnons; ce qu'il fera néanmoins de concert avec les propriétaires, lorsqu'il sera dans le lieu de leur demeure ». (Art. 5, tit. I, liv. II). Bien que la deuxième partie de cet article exige du capitaine qu'il se concerte avec les propriétaires, il est certain qu'il ne faut voir là qu'une sorte de « déférence » que le capitaine doit avoir envers les propriétaires et non une obligation stricte. Cette exception se justifie d'une part, par le souci que le législateur a de garantir les meilleurs équipages aux navires, — le capitaine étant plus à même qu'une autre personne de juger de la capacité de ceux qu'il associe, — et d'autre part, par ce fait que le capitaine répond également des fautes de l'équipage⁴⁰.

Enfin le capitaine est autorisé d'emprunter à la grosse sur la part des propriétaires qui se refusent de contribuer aux frais de l'expédition (art. 18, tit. I, liv. II). Ce pouvoir n'est qu'une survivance d'une époque où il représentait la sauvegarde de l'intérêt personnel que le capitaine avait dans l'entreprise. Aussi Emerigon le considère comme appartenant plutôt aux propriétaires lésés par le refus d'une minorité récalcitrante⁴¹.

183. — L'étendue des attributions du capitaine semble don-

39) « Le capitaine ne devient maître, possesseur et dominateur du navire, que lorsque le vaisseau a mis à la voile. » EMERIGON, sec. XI, ch. IV, op. cit., p. 450.

40) VALIN, sur l'art. 5, tit. I, liv. II, t. I, p. 385. Par contre, EMERIGON permet au capitaine de se libérer de cette responsabilité en prouvant qu'il n'a pas pu empêcher les agissements de l'équipage. Ass. ch. XII, sec. V.

41) EMERIGON, ch. IV, sec. III, Grosse, p. 429.

ner à ce préposé une indépendance le situant à côté de l'armateur, comme un véritable titulaire de l'entreprise maritime. Vis-à-vis des chargeurs notamment le capitaine assume une obligation d'exécuter le transport et d'assurer la conservation des marchandises en dehors de tous liens le rattachant à l'armement⁴². Ainsi il ne saurait se refuser de remplir les connaissements sans engager sa responsabilité personnelle⁴³. De même en cas d'inavigabilité du navire le capitaine continue à être tenu de l'exécution du transport, bien que l'obligation de l'armateur prend fin par la perte du navire⁴⁴.

184. — La responsabilité du capitaine envers les chargeurs devient plus rigoureuse encore lorsque son rôle d'agent d'exécution de l'affrètement prend fin avec le naufrage du navire. De tous les temps le sauvetage des marchandises a été mis à la charge du capitaine « comme une dépendance inséparable de sa qualité de maître »⁴⁵, — et cela plus particulièrement à partir du moment où les chargeurs ont quitté l'habitude d'accompagner leurs marchandises. D'après la conception communément professée sur le contrat d'affrètement⁴⁶, l'armateur devait être libéré de toute obligation envers les chargeurs, par la perte du navire. Le sauvetage des marchandises reste ainsi en dehors de l'exécution de l'affrètement proprement dit. Seulement, — et ici on voit la valeur de la responsabilité du capitaine comme procédé technique, — si le naufrage libère l'armateur, il « ne délie le capitaine ni envers les chargeurs, ni envers les armateurs... Ainsi puisque le naufrage ne rompt pas la préposition vis-à-vis des armateurs, qui profitent du nolis des effets sauvés, il s'en suit qu'ils répondent des délits et des fautes commises par leurs préposés dans les opérations concernant le sauvetage »⁴⁷.

Le capitaine agit en vertu de son devoir professionnel, mais

42) VALIN, sur l'art. 21, tit. I, liv. II, t. I, p. 446.

43) VALIN, sur l'art. 11, tit. VIII, liv. II, t. I, p. 569.

44) EMERIGON, ch. XII, sec. XVI, Ass., p. 429.

45) EMERIGON, Grosse, ch. IV, sec. X, p. 453.

46) VALIN, sur l'art. 11, tit. III, liv. II, t. I, p. 652 et 653.

47) EMERIGON, loc. cit.

son activité se projette néanmoins sur le plan de l'entreprise, il reste malgré tout le préposé de l'armateur. Ce qui fait que le sauvetage des marchandises sera une obligation qui incombe en définitive à l'armateur comme transporteur.

185. — Par l'intermédiaire du capitaine le contrat de transport s'achemine vers son unité organique, en s'émancipant du concept louage de chose pour réaliser toute la sécurité attendue par les chargeurs.

Les obligations qu'autrefois le capitaine contractait vis-à-vis des chargeurs en son nom, se groupent maintenant sous la même promesse de réaliser le transport — faite au nom de l'armateur. Si le capitaine est présenté tour à tour comme dépositaire, comme transporteur, comme gérant de la cargaison, c'est qu'il est l'agent d'exécution d'un contrat qui se présente sous tous ces aspects, c'est parce qu'il forme la liaison entre ces opérations qui deviennent ainsi toutes des « *faits du maître* ». Ses attributions embrassent l'ensemble de l'expédition, c'est-à-dire tout ce qui est nécessaire pour réaliser le but poursuivi par les intéressés. Sous sa direction l'expédition présente vis-à-vis des tiers une unité parfaite⁴⁸, de sorte qu'on peut dire que le capitaine se comporte comme un « procureur légal de tous les intéressés au corps et à la cargaison »⁴⁹.

Cette expression dépeint admirablement la physionomie du contrat de transport par mer, telle qu'elle a été modelée sous l'influence des pratiques du Moyen-Age (assurance mutuelle, commande). En effet, il y a certaines dépenses qui intéressent la cargaison en même temps que le navire et qui dépassent les risques primitivement acceptés par le transporteur. Par exemple, le rachat du navire capturé par les pirates ou par l'ennemi⁵⁰, les sacrifices faits pour sauver l'expédition, etc. Pour marquer mieux

48) En cas d'abordage l'Ordonnance ne fait aucune distinction entre le navire et la cargaison pour le délai prévu pour l'exercice de l'action en indemnité. Art. 5. tit. XII, liv. I.

49) EMERIGON, Grosse, ch. XII, sec. XLIII, p. 656.

50) Le capitaine agit et contracte le rachat « pour compte de ceux dont il est facteur ». EMERIGON, op. cit., ch. XII, sec. XXI, p. 465.

le caractère exceptionnel de ces dépenses, pour les séparer de ce qui incombe aux transporteurs de plein droit, les auteurs ont considéré que le capitaine engage la responsabilité des chargeurs en vertu d'un mandat qu'il aurait reçu en même temps que les marchandises⁵¹.

D'autres frais qui ne concernent cependant que les marchandises peuvent avoir aussi ce caractère exceptionnel qui donne au transporteur le droit de se faire rembourser par les chargeurs. « Une autre espèce d'obligation que l'affrètement contracte envers le maître consiste en ce que si, dans le cours du voyage, le maître a fait quelques dépenses extraordinaires pour les marchandises, l'affrètement est tenu de l'indemniser »⁵².

186. — Le transport par mer contient un pouvoir d'engager certaines dépenses pour le compte des chargeurs, — contre-partie de l'obligation que le transporteur souscrit de soigner les biens confiés. Pratiquement ce pouvoir est exercé par le capitaine⁵³, mais en sa qualité d'agent d'exécution du transport, comme une conséquence normale du contrat liant les chargeurs au transporteur. Car entre le capitaine et les chargeurs s'interpose l'entreprise de transport, avec son activité et sa responsabilité propre. De toute façon les tiers ne peuvent atteindre les chargeurs tant que ceux-ci se sont contentés de traiter uniquement le transport de leurs marchandises. Mais s'ils donnent au capitaine un pouvoir spécial, si leurs rapports se départissent du cadre légal du transport, ils ne sauraient plus se réclamer du statut légal de la responsabilité. C'est ainsi que les chargeurs qui confient au capitaine une pacotille ne peuvent profiter des mêmes présomptions que ceux qui font simplement transporter leurs marchandises. Les fautes commises par le capitaine dans l'accomplissement de ce

51) « L'affrètement contracte l'obligation de contribuer aux avaries communes pour raison des marchandises qu'il a chargées sur le navire ». POTHIER, *op. cit.*, n° 96, p. 417.

52) POTHIER, *op. cit.*, n° 95, p. 417.

53) Ou par le subrecargue. Lorsque les chargeurs font accompagner leurs marchandises par leur fondé de pouvoir, les attributions du capitaine se restreignent nécessairement à la direction technique du transport.

mandat spécial seront soumises aux règles du mandat de droit commun. Le chargeur profiterait tout au plus du régime légal en tant que la faute relève encore du mandat nautique, — ce mandat se rattachant nécessairement à la direction du navire, — mais il ne pourra invoquer l'absence de lien de préposition entre lui et le capitaine pour les fautes commerciales. Ainsi, tandis que le chargeur ordinaire peut assurer la baraterie de patron, le donneur de pacotille ne peut couvrir ce risque qu'en tant qu'il se réalise dans l'exécution des attributions techniques du capitaine, toute faute commerciale restant à sa charge⁵⁴.

Mais ce n'est pas seulement vis-à-vis des assureurs que les chargeurs sont étrangers au capitaine. Il y a d'autres intéressés à l'expédition qui ne peuvent se prévaloir d'un lien direct existant entre le capitaine et les chargeurs: ce sont les sauveteurs, les créanciers qui ont fait du crédit au capitaine pour les besoins de la cargaison... A leur égard il n'existe que l'entreprise maritime avec une responsabilité unique limitée aux biens confiés au capitaine.

Une fois que les marchandises sont intégrées dans l'expédition, elles forment un tout homogène soumis aux mêmes risques et mis sous la direction du même gérant⁵⁵. Les fautes du capitaine, ses engagements doivent réfléchir de la même façon sur l'ensemble de l'expédition⁵⁶. Bien plus, même lorsque la marchandise appartient à l'armateur⁵⁷, sa responsabilité ne saurait dépasser les limites fixées par la loi pour les « *faits du maître* ». Il pourra donc se libérer en abandonnant en même temps que le navire, les marchandises et « les retraits qui en proviennent »⁵⁸.

Le législateur n'a cependant nulle part mentionné ce droit

54) EMERIGON, Ass., ch. XII, sec. III, p. 370. A cette époque les armateurs ne pouvaient pas encore assurer la baraterie de leurs préposés.

55) EMERIGON, op. cit., ch. XII, sec. XVI, p. 429.

56) Si le capitaine manque à son devoir de se procurer le congé de sortie (imposé par l'Ordonnance de Charles VI de 1400) la marchandise est confisquée en même temps que le navire. VALIN sur l'art. 1, tit. X, liv. I, t. I, p. 273, s.

57) Ce qui devait être une situation normale, étant donné le besoin de ne pas retourner avec le navire vide. L'art. 30, tit. I, liv. II (art. 235 C. Com.) en témoigne.

58) EMERIGON, Grosse, ch. IV, sec. XI, p. 455.

des chargeurs de se libérer, en abandonnant les marchandises, des obligations contractées dans leur intérêt par le transporteur. C'est parceque ce droit n'avait pas besoin d'être rappelé quant au recours des tiers; il résulte de ce que la responsabilité de l'entreprise domine toute l'activité du capitaine.

Quant au recours du transporteur, l'Ordonnance contient une disposition qui consacre implicitement les limites de la responsabilité des chargeurs: « Ne pourront les marchands obliger les maîtres de prendre pour son fret des marchandises diminuées de prix, gâtées ou empirées par leurs vices propres, ou par cas fortuit »⁵⁹. Il n'y a que la dette du fret qui jouit d'un régime spécial, pour toute autre dette le recours du transporteur est limité par la spécialité du mandat de transporter les marchandises à la valeur des biens confiés⁶⁰. D'ailleurs cette dette elle-même s'évanouit si les marchandises ont été perdues: « Il n'est dû aucun fret pour les marchandises perdues par naufrage ou échouement, pillées par les pirates ou prises par les ennemis »⁶¹.

L'exception concernant le fret a été critiquée par Valin, justement sur le fondement de cette dernière disposition réglant la perte des marchandises. C'est une véritable iniquité que de tenir obligé le chargeur parce que ses biens ont été entièrement détériorés, alors qu'on lui permet de se libérer à la suite d'une perte partielle. Lorsque les marchandises avariées sont invendables, pratiquement il y a là une véritable perte totale, cependant le chargeur sera obligé de payer le fret parce que le transporteur les a conduites à destination.

Enfin le contrat même de transport s'oppose à cette interprétation de la responsabilité des chargeurs. En acceptant de transporter une certaine quantité de marchandises, le voiturier

59) Art. 25, tit. III, liv. III.

60) Art. 7, tit. VIII, liv. III (417 C. Com.) et art. 45, tit. VI, liv. III (381 C. Com.)

61) Art. 18, tit. III, Liv. III. D'après POTHIER (op. cit., n° 59) l'art. 26, tit. III, liv. III, qui permet aux chargeurs de se libérer par abandon lorsque les liquides contenus dans des futailles ont complètement ou presque coulé, ne serait qu'une application du même principe.

a connu par là même l'étendue du gage garantissant l'exécution de la promesse de payer le fret. « D'où il suit qu'en quelque cas que ce soit le marchand chargeur doit être quitte du fret en abandonnant ses marchandises »⁶².

2. — *Le capitaine représentant des chargeurs.*

Les commentateurs ont utilisé en général le relief qu'ils ont donné au capitaine dans l'entreprise maritime, pour intégrer toutes les obligations qu'il prenait autrefois comme entrepreneur, dans le cadre des devoirs de l'armateur. Dans le paragraphe précédent nous les avons suivis dans cette voie où ils étaient amenés surtout pour maintenir les particularités du contrat de transport telles qu'elles ont été consacrées par l'Ordonnance. Maintenant nous allons essayer de voir comment a été utilisée la responsabilité du capitaine en vue de créer une nouvelle distribution de risques entre les chargeurs et le transporteur.

187. — Dans la réalisation du transport le navire a sans doute une importance de premier ordre mais non pas exclusive, de sorte que sa perte ne libère pas le transporteur de son obligation de faire. Ce principe se trouve inscrit dans l'art 11, tit. III, liv. III : « si le maître est contraint de faire radoubier son vaisseau pendant le voyage, le chargeur sera tenu d'attendre ou de payer le fret en entier, et en cas que le vaisseau ne puisse être racommodé, *le maître sera obligé d'en louer incessamment un autre* : et s'il n'en peut trouver, il sera seulement payé de son fret, à proportion de ce que le voyage sera avancé. »

Cette obligation du capitaine de louer un autre navire pour continuer le transport des marchandises a soulevé une vive dis-

62) Pothier, qui d'habitude suit d'assez près Valin, s'attache à défendre la prescription légale en faisant appel au concept d'affrètement-louge de choses. « ... Pour que le loyer soit dû en entier au locateur, il suffit qu'il ait rempli entièrement l'obligation qu'il a contractée et fait jouir le locataire de la chose qu'il lui a louée ; or le capitaine qui a transporté les marchandises au lieu de destination, a rempli entièrement son obligation et a fait jouir l'affrèteur du navire de l'usage pour lequel il le lui avait loué, puisque ce transport était l'unique usage dont ils étaient convenus. » POTHIER, *loc. cit.*

cussion. Lorsque le nouveau fret dépassait le fret primitivement stipulé, on se demandait qui devait supporter le supplément de fret, le transporteur ou le chargeur. Une sentence de Marseille⁶³ avait refusé de la mettre à la charge des affreteurs, en considérant le transport sous son véritable aspect. Mais les jurisconsultes qui ont rapporté cette sentence sont arrivés à des conclusions qui devaient en détruire toute la portée. Si la jurisprudence disent-ils, s'est prononcée en ce sens c'est que l'art. 11 ne contient pas une obligation ferme, mais indique simplement une possibilité réservée au transporteur de toucher son fret en entier⁶⁴. Car ce devoir serait « extrêmement rigoureux à son égard, puisqu'il s'agit ici d'un événement fortuit ou procédant de force majeure ».

Dans la conception que les commentateurs de l'Ordonnance professent sur l'affrètement et sur les devoirs de l'armateur comme locateur du navire, ce dernier devait être déchargé de toute responsabilité envers les affreteurs lorsque l'inavigabilité du navire était due à la force majeure. Car conformément au principe du louage, « il ne s'est obligé qu'à fournir son vaisseau ; il ne s'est pas obligé d'en fournir un autre, et lorsque par une force majeure dont il n'est pas garant il ne peut plus le fournir, il n'est, selon les principes du contrat de louage, obligé à autre chose qu'à décharger l'affrèteur ou le locataire pour ce qu'il restait à faire du voyage »⁶⁵.

Cette analyse du contrat de transport devait consolider la solution jurisprudentielle ; elle fut cependant utilisée par Emerigon pour faire triompher le point de vue opposé. En effet cet auteur commence par affirmer les mêmes principes concernant la nature

63) Rapportée dans VALIN, sur l'art. 11, tit. III, liv. III, t. I, p. 652, s. ; EMERIGON, *Ass.*, ch. XII, sec. XVI, p. 429, s.

64) « On ne voit pas que le maître soit tenu de louer un autre navire, mais seulement que la liberté lui en est laissée s'il veut gagner son fret en entier ». VALIN, *loc. cit.* La même solution était enseignée par les auteurs flamands et surtout par Vinnius. D'ailleurs l'imprécision des recueils coutumiers sur le caractère de cette obligation venait à l'appui de la thèse de Valin. Les *Rôles d'Oléron* disent que le maître « peut » louer un autre navire. Le même langage est employé par l'Ordonnance de Wisby, art. 16, 37 et 55. CLEIRAC y voit aussi une obligation facultative. *Us et Coutumes*, p. 17.

65) POTHIER, *op. cit.*, n° 68.

du contrat d'affrètement et les conséquences qui en découlent, seulement il complète la responsabilité de l'armateur par celle du capitaine en lui assignant en quelque sorte un domaine propre. « La doctrine de ces deux auteurs, dit-il, sur l'art. 11 tit. du fret, serait bonne si le chargeur était présent ou qu'il fut à portée de chercher par lui-même un autre navire... Mais si l'accident est arrivé en pays lointain, sans que les chargeurs puissent donner leur ordre, ni par eux-mêmes, ni par leurs commissionnaires, il n'est pas douteux, que le capitaine, qui n'est pas moins le préposé des chargeurs, que celui des armateurs, ne doive veiller à la conservation de la marchandise, et faire tout ce que les circonstances exigent pour le mieux »⁶⁶. La présence des chargeurs ne pouvant être remplacée par les obligations que le contrat d'affrètement impose aux propriétaires du navire, la loi a chargé le capitaine de représenter les intérêts en souffrance.

L'art. 11 est donc un texte qui doit être pris à la lettre, il impose au capitaine un devoir stricte de soigner les intérêts des chargeurs en dehors de tout lien le rattachant à l'armateur. D'ailleurs, cette obligation de chercher un autre navire pourrait se déduire des principes généraux posés par la loi : « il est responsable de toutes les marchandises chargées dans son bâtiment dont il est tenu de rendre compte (Art. 9, tit. I liv. II). Il est donc obligé de faire ce qu'il est à présumer que feraient les chargeurs s'ils étaient présents ». Le capitaine « serait par conséquent très blâmable si faisant vendre pour son fret gagné, partie des marchandises sauvées il laisserait le reste en pays lointain, tandis qu'il eut pu conduire le tout par autre navire dans le lieu de la destination »⁶⁷.

Toute la discussion pour mettre le supplément de fret à la charge des affréteurs tourne ainsi autour de la nature du contrat de transport. L'obligation du transporteur s'éteignant avec la perte du navire, le législateur n'a pas pu imposer au capitaine le

66) EMERIGON, loc. cit.

67) EMERIGON, loc. cit.

devoir d'en louer un autre qu'en contemplant sa qualité de mandataire des chargeurs, personnellement responsable de la conservation des marchandises. Mandat légal, responsabilité personnelle apparaissent ainsi comme les deux faces d'une même fiction destinée à créer une nouvelle répartition des risques entre le transporteur et les chargeurs⁶⁸.

188. — Le capitaine ne reçoit nul mandat, ni de la part des chargeurs, ni de la part de la loi ; il est indiqué partout en sa qualité d'agent d'exécution du transport ou plutôt comme un critérium légal pour reconnaître ce qui rentre dans le cadre de l'entreprise, pour déterminer les limites de la responsabilité de l'armateur. Lui assigner une position indépendante en dehors de l'entreprise de transport ou le considérer au même titre que l'armateur responsable de l'accomplissement de l'affrètement, c'est, à notre avis, prendre le contre-pied de la réalité et ignorer sa dépendance économique et juridique.

Toutes les fois que les commentateurs ont affirmé la réalité de cette responsabilité, c'était pour détruire la valeur des textes légaux, ou fausser le jeu normal des risques. Valin et Pothier restreignent la portée du droit d'abandon de l'armateur en professant que le capitaine ne doit pas rester personnellement tenu par les contrats passés dans l'intérêt de l'expédition ; Emerigon met le supplément de fret à la charge de l'affréteur en considérant que le devoir de louer un autre navire pour conduire les marchandises à destination pèse sur le capitaine en sa qualité de mandataire des chargeurs. Sans doute cette instabilité des institutions du droit maritime a été entretenue aussi par l'influence du droit romain, par la puissance des formules traditionnelles, par l'organisation imparfaite de la limitation de la responsabilité de l'armateur. Mais la responsabilité du capitaine y a joué le rôle essentiel.

La disproportion entre les développements des commenta-

68) La solution d'Emerigon était d'ailleurs implicitement consacrée par la déclaration du 17 août 1779 art. 9 qui met le surcroît de fret à la charge de l'assureur sur faculté.

teurs sur la responsabilité du capitaine et l'intérêt réel que présente cette responsabilité pour les chargeurs et les autres créanciers du transporteur, est un signe qu'il s'agit d'autre chose que d'établir véritablement le droit de ces derniers envers le capitaine. Et la clé de cette poursuite démesurée contre un préposé très peu solvable se trouve dans l'étendue particulière de la responsabilité de l'armateur. Pour maintenir ce privilège exorbitant du droit commun, mais non exceptionnel dans le cadre de l'entreprise, la mise en œuvre de la responsabilité de l'armateur continuera à se faire à l'aide de ce critérium légal issu d'une longue évolution coutumière : la responsabilité du capitaine de navire.

L'utilisation de ce critérium cependant sera aussi lente et aussi inconsciente que l'évolution qui l'a produite. En effet pendant longtemps on professera que responsabilité du capitaine est la seule justification du droit d'abandon de l'armateur, que celui-ci perd ce privilège toutes les fois qu'un engagement concernant l'expédition n'a pas été pris effectivement par le capitaine. Pour écarter cette interprétation qui enlevait à la limitation légale toute utilité, on dilatera les attributions du capitaine à tel point qu'on le présumera partout présent ou représenté, qu'on le proclamera sans cesse Maître de l'entreprise.

CHAPITRE II

LA PERIODE MODERNE

I

Le Code de commerce

189. — Au début du XIX^e siècle lorsqu'on rédigea le Code de commerce actuel l'Ordonnance de la marine n'avait rien perdu de son autorité de monument juridique parfait. Au contraire son prestige avait grandi par l'influence qu'elle a exercée dans tous les pays qui ont codifié le droit maritime. Les législateurs qui l'ont prise pour modèle n'y apportent que des changements de surface, conservant même les parties désuètes¹.

Les rédacteurs du Code de commerce respectent la codification du XVII^e siècle et la suivent avec une grande servilité². C'est à peine s'ils tiennent compte de la disparition de quelques officiers : de l'écrivain, inemployé dès le temps de Valin ; du pilote hauturier avec lequel le capitaine partageait autrefois les fonctions techniques sur le navire ; du subrécargue qui était chargé de certaines missions commerciales concernant la gestion de la cargaison³.

D'ailleurs, l'exploitation maritime n'avait subi aucune transformation profonde qui pût justifier une réforme plus étendue.

1) On trouve ainsi dans un projet de Code maritime de 1753 tout un titre consacré à l'écrivain. « Editto politico di navigazione » de PASQUALE RICCI, V. FR. BASILIO, *op. cit.*, p. 189, s.

2) « Cette Ordonnance est regardée dans toute l'Europe comme le Code le plus sage et le plus complet des peuples commerçants... par ce motif on doit y porter la main qu'avec la plus grande réserve. » BIGOT PREAMENEU, LOCRE, *La législation civile, commerciale et criminelle de la France*, Paris 1829, t. XVII, p. 15.

3) RENE VERNEUX, *op. cit.*, II, p. 96.

La navigation à voile avec ses lenteurs et ses risques maintenait l'entreprise maritime dans le même cadre que celui où s'est élaboré le droit cristallisé dans l'Ordonnance. Cependant le transport se détache de plus en plus des opérations commerciales dont il était tributaire, pour acquérir une autonomie complète. L'armateur cesse d'organiser l'expédition pour ses propres besoins, il renonce à être marchand afin de devenir uniquement transporteur⁴. C'est pourquoi il n'a plus besoin d'un commis spécial pour la gestion de la cargaison, comme le subrécargue⁵, le capitaine suffit pour les fonctions commerciales restreintes que comporte le transport, comme il suffit à accomplir les attributions qui étaient autrefois confiées à l'écrivain. Sur son rôle vient se greffer en outre les attributions techniques du pilote hauturier, de sorte que dorénavant toute la direction du navire se trouvera réuni dans ses mains.

L'ordonnance réglementait toutes les matières qui touchaient à la navigation, depuis la juridiction des affaires maritimes et jusqu'à la police des ports, côtes, rades et rivages de la mer. Tous ceux qui collaboraient plus ou moins directement à la vie maritime y avaient un statut de leurs attributions et de leur responsabilité. Le code de commerce rompt l'unité de cette œuvre sans toutefois s'émanciper ni de ses formules, ni de l'esprit qui a présidé à sa formation.

1. — *Responsabilité professionnelle et critérium légal.*

190. — A l'origine de la responsabilité du capitaine nous avons constaté surtout un intérêt direct à l'exploitation du navire. En reproduisant les textes de l'Ordonnance, les rédacteurs du nouveau code laissent planer sur cette responsabilité la mystique d'une mission supérieure : « Le capitaine est le mandataire des propriétaires du navire, il répond sauf les événements de force majeure, aux chargeurs de leurs marchandises ; il répond à

4) D'après certains auteurs cette évolution n'a été achevée en France que vers la moitié du XIX^e siècle. Ibid. p. 104.

5) Comp. WAGNER, op. cit., I, p. 308, s.

l'Etat de son équipage ; il est presque exclusivement chargé de tous ces intérêts; ... ses fonctions s'ennoblissent sous tous ces rapports et sa responsabilité n'en est que plus grande »⁶.

Aussi non seulement on a maintenu la teneur des textes réglementant la responsabilité du capitaine, mais on énonce encore une règle générale de cette responsabilité qui trouvera ainsi toujours une raison d'être, étant donné le nombre de commettants auquel le capitaine est rattaché. L'art. 221 inaugure le titre consacré au capitaine par cette formule large : « Tout capitaine, maître ou patron, chargé de la conduite d'un navire ou autre bâtiment, est garant de ses fautes, mêmes légères, dans l'exercice de ses fonctions ». De même l'art. 228 exprime dans des termes généraux la responsabilité du capitaine distinctement envers l'armateurs et envers les chargeurs, pour l'accomplissement des devoirs et formalités prévues dans les quatre articles précédents. La profession de capitaine de navire apparaît ainsi disciplinée par des règles dont la rigueur offre toute sécurité aux multiples intérêts confiés à ce préposé.

191. — Mais il ne faut pas oublier que pour l'exécution des contrats maritimes le débiteur le plus intéressant comme le plus solvable reste malgré tout l'armateur. Celui-ci recueille les bénéfices de l'entreprise — il doit en supporter les risques. Aussi dès le temps de Valin et Emerigon l'accord était complet pour reconnaître que par le capitaine le législateur a, au fond, visé l'armateur, tout comme autrefois à Rome lorsqu'après l'octroi de l'action exercitoire, les jurisconsultes enseignèrent que les anciens textes consacrant la responsabilité du capitaine se réfèrent en réalité à l'armateur : « *Quamvis nautae appellantur omnes qui navis navigandae causa in nave sint, sed de exercitore solummodo praetor sentit* »⁷. A leur tour les rédacteurs du Code de Commerce se prononcent sans équivoque sur la situation du capitaine par rap-

6) Exposé des motifs fait par BEGONEU, conseiller d'Etat et orateur du gouvernement, dans la séance du corps législatif du 8 septembre 1807, LOCRE, t. XVIII, p. 385 et 386.

7) Fr. 1, pr. 2, Dig. IV, 9 (Receptum nautarum cautionum stabulariorum).

port à l'armateur, en mettant en évidence sa qualité de représentant⁸.

On pourrait par conséquent se demander pourquoi le nouveau code reproduit sans changement les textes dont on connaissait déjà la portée. Pourquoi n'a-t-on pas mentionné directement l'armateur alors surtout que les rédacteurs se sont proposés « d'approprier les expressions aux circonstances où nous sommes »⁹. Les explications fournies lorsqu'on a envisagé la genèse des textes de l'Ordonnance répondent exactement à notre question : La difficulté d'organiser la responsabilité limitée de l'armateur exigeait la même prudence en 1807 qu'en 1681. La conservation du capitaine dans toutes les institutions juridiques permet la mise en œuvre de cette responsabilité et son maintien à l'écart du droit commun¹⁰.

Car en dehors des nouvelles raisons invoquées pour justifier la responsabilité écrasante pesant sur le capitaine, regnait l'impérieux sentiment de prudence qui commandait de ne pas trop s'écarter de la voie tracée par l'Ordonnance. C'est en invoquant cette prudence que les auteurs qui ont commenté l'œuvre législative de 1807 ont approuvé la route choisie par ces rédacteurs, et cela alors qu'une série de réformes très justifiées avaient été proposées déjà par Emerigon. — « Mais à un autre point de vue, — écrit un auteur remarquable, ils ont peut-être fait preuve d'habileté autant que de prudence en évitant d'ouvrir les pages du Code de Commerce au développement que réclamait le savant jurisconsulte de Marseille. Le droit maritime, en effet, est un droit essentiellement complexe. Il est appelé à régir un grand nombre de situation dont l'excessive mobilité ne se prête pas tou-

8) En effet, l'art. 234 à la différence du texte primitif (Ordonnance, liv. II, tit. I, art. 19) précise que les marchandises vendues en cours de route seront payées par « les propriétaires ou le capitaine qui les représente ».

9) Discours préliminaire du *Projet de Code de Commerce*, LOCRE, XVII, p. 47.

10) On verra plus loin comment a été compromis le privilège de l'art. 216 (droit d'abandon de l'armateur) par la rédaction de l'art. 234 qui mettait le remboursement des marchandises vendues pour les besoins de l'expédition, directement à la charge de l'armateur.

jours au cadre circonscrit et invariable de la codification »¹¹. Sans préciser le point névralgique de la difficulté, M. Dufour sent pourtant que la méthode choisie par les rédacteurs était la meilleure. Elle laissait à la pratique le soin d'orienter en toute liberté la responsabilité du transporteur maritime ; elle assurait en même temps le maintien de la règle traditionnelle.

Les travaux préparatoires ne laissent aucun doute sur la difficulté d'organiser la responsabilité en droit maritime. On n'en veut comme preuve que l'opposition manifestée par certains membres contre la proposition de rompre l'unité de l'Ordonnance en vue d'isoler la matière de droit privé. Bigot Préameneu surtout montra que les dispositions édictées en 1681 forment un tout solidaire qui ne saurait en conséquence supporter aucune scission sans entraîner un bouleversement du système tout entier¹². Pour établir un code de rapports exclusivement privés il aurait fallu faire un refonte complète des institutions au moyen d'une analyse serrée des liens complexes existant entre les différents participants à l'expédition, et surtout tenir compte de la mesure dans laquelle ce coefficient légal rentre dans le dosage de la responsabilité. Afin de donner un exemple éloquent Bigot Préameneu choisit justement le titre consacré au capitaine : — « Un des plus importants, relativement au contrats maritimes est celui du capitaine de navire. Le capitaine ne figure dans tous ces contrats que comme responsable à raison des devoirs que lui imposent les fonctions de capitaine ; mais ces devoirs sont la plus part ceux d'administration générale, indépendant de la volonté des parties ».

« Les devoirs imposés au capitaine relativement au radoub, aux emprunts, aux ventes de la partie de la cargaison, au jet, sont à la fois combinés et sur l'intérêt des propriétaires des navires et

11) E. DUFOUR, p. 57.

12) « Les contrats relatifs au commerce extérieur ont sans doute pour base la bonne foi ; mais, en même temps, la plupart de leurs clauses sont indépendantes de la volonté des parties, et sont réglées par des dispositions de la loi ayant pour objet la discipline générale de la navigation. » LOCRE, XVII, p. 17.

marchandises et sur l'intérêt plus grand encore de mettre les navires en état de revenir aux ports de leur destination »¹³.

Si les rédacteurs n'ont pas écouté le voeu de ceux d'entre eux qui s'opposaient à la scission de l'Ordonnance, ils se sont gardés de toucher à la teneur des textes reproduits. L'avertissement de Bigot Préameneu avait porté indirectement sur la responsabilité de l'armateur : en maintenant la responsabilité intégrale du capitaine on assurait par là même le fonctionnement du droit d'abandon.

192. — La responsabilité de l'armateur avait été consacrée par une formule brève et qui avait l'avantage de mettre en évidence et le mécanisme et l'étendue de cette responsabilité. L'armateur devait répondre pour l'exploitation normale du navire, c'est-à-dire pour les « *faits du maître* ». Les rédacteurs du code de commerce ont complété le texte de l'Ordonnance en le modernisant en même temps : « Tout propriétaire de navire est civilement responsable des faits du capitaine *pour ce qui est relatif au navire et à l'expédition*. La responsabilité cesse par l'abandon du navire et du frêt ». (Art. 216). Pour connaître ce qui est relatif au navire et à l'expédition il faut consulter les articles qui établissent les attributions du capitaine. Chaque changement apporté aux devoirs du capitaine réfléchit nécessairement sur la responsabilité de l'armateur, de sorte que le statut du premier devient le statut même de l'entreprise maritime.

S'il répond des marchandises chargées sur le tillac « sans le consentement par écrit des chargeurs » (art. 229 C. Com.), s'il est obligé d'avoir certains registres (art. 224 C. Com.) et de tenir à bord certains papiers (art. 226 C. Com.), c'est que l'exploitation du navire doit se faire dans le respect de toutes ces conditions de garantie pour les tiers.

13) LOCRE, loc. cit.

2. — *La responsabilité du transporteur*

193. — Pour préciser le contour du contrat de transport et la sécurité que ce contrat doit offrir aux chargeurs, le législateur se sert toujours du capitaine comme s'il était le véritable entrepreneur et non un simple représentant. Après avoir montré que le capitaine doit répondre dans l'exercice de ses fonctions de ses fautes même légères¹⁴ (art. 221 C. Com.) et après avoir précisé la nature de ces fonctions (art. 222-229 C. Com.), en suivant de près l'Ordonnance, les rédacteurs ajoutent un article nouveau (art. 230) : « La responsabilité du capitaine ne cesse que par la preuve d'obstacle de force majeure »¹⁵. Les responsabilités éparpillées du droit maritime coutumier¹⁶ se trouvent par là concentrées dans une seule responsabilité globale applicable à toutes les opérations matérielles et juridiques qu'implique le transport par mer. Sous la force de cette formule le contrat de transport retrouve l'unité juridique qu'avait le *receptum nautarum* à l'époque classique et que le Code Civil avait consacré dans l'article 1784¹⁷.

On voit ainsi combien le capitaine était indispensable pour le développement de la responsabilité en droit maritime et avec quelle puissance s'est imposée la méthode traditionnelle d'élaboration de cette responsabilité. En visant directement l'armateur on se serait mépris sur la portée d'application de l'art. 216 C. Com., on aurait vu une obligation qui pèse directement sur l'armateur sans pos-

14) On se rappelle que POTHIER considérait cette façon d'apprécier la responsabilité du capitaine comme une conséquence de sa qualité de transporteur, op. cit. n° 31, p. 391. — Par contre, pour EMERIGON le capitaine répond de sa faute même légère en vertu de sa qualité de mandataire salarié. Ass., ch. XII, sec. IV. — Lors de la rédaction de cette disposition, après avoir rappelé le nombre de personnes envers lesquelles le capitaine peut être appelé à répondre, BEGONEU continue ainsi : « c'est à ce titre, Messieurs, qu'il a été reconnu qu'il devait répondre des fautes, même légères, dans l'exercice de ses fonctions. Et telle est en effet la disposition de l'art. 221 qui rentre d'ailleurs avec quelques modifications favorables dans la théorie générale qui règle les obligations de tout mandataire salarié. » LOCRE, XVIII, p. 386.

15) Il y a une différence notoire entre la responsabilité de l'art. 221 C. com. pour fautes mêmes légères, et celle de l'art. 230 C. com. — jusqu'à la preuve de force majeure : c'est tout ce qui sépare la faute du risque.

16) V. supra n° 119, s.

17) LOCRE, Esprit, II, sur l'art. 296 C. com., p. 192.

sibilité d'intercepter le criterium légal de mise en oeuvre¹⁸.

Les principes du contrat de transport consacrés dans l'art. 230 C. Com. ont donné lieu à une discussion très significative à l'occasion de la rédaction de l'art. 296 C. Com. (107 du projet)¹⁹ en vue de la suppression du fret de distance prévue dans le troisième paragraphe. — « Si le capitaine n'a pu louer un autre navire, le fret n'est dû qu'à proportion de ce que le voyage est avancé ».

« On croit nécessaire de supprimer ce paragraphe. Le capitaine est l'homme de tous, il faut qu'il agisse pour tous, loin d'eux lui seul peut trouver un navire à louer en remplacement du sien; on croit indispensable d'imposer cette nécessité au capitaine ». — Le Tribunat voulait faire triompher la solution la plus juridique, car le voiturier ayant promis le transport en entier il ne saurait en imposer une exécution partielle. La force majeure le libère, il est vrai, mais en même temps il doit décharger l'affrètement de tout fret. En mettant à la charge du capitaine une obligation rigoureuse, en invoquant cette qualité de mandataire de tous, on visait indirectement l'armateur qui, lorsque son préposé était dans l'impossibilité de trouver un autre navire, ne pouvait non plus exiger le paiement d'un fret même partiel.

194. — L'étendue des obligations du transporteur se détermine à travers les attributions que le capitaine exerce au sein de l'entreprise. Celles-ci embrassent tout ce qui est nécessaire pour assurer le succès de l'expédition, tout au moins dans la mesure où les intéressés eux-mêmes sont incapables d'agir. « Loin d'eux il devient le mandataire commun des propriétaires et des chargeurs »²⁰.

Cette façon imagée d'exprimer la variété des fonctions du capitaine, fait ressortir davantage les traits particuliers du con-

18) C'est ce qui est arrivé avec l'art. 234 C. com., qui mettait le remboursement des marchandises vendues en cours de route par le capitaine, à la charge de l'armateur.

19) Séance du 3 septembre 1807. LOCRE, XVIII, p. 377.

20) Discours prononcé par PERRE dans la séance du Corps législatif du 15 Septembre 1807. LOCRE, XVIII, p. 394.

trat de transport par mer. En traitant avec un transporteur, les chargeurs entendent obtenir autant de sécurité que s'ils avaient préposé directement quelqu'un à la surveillance de la cargaison. En ce sens on peut dire que le capitaine devient « l'homme de tous ».

Cependant, on se rappelle qu'Emerigon a utilisé la notion de mandat pour faire triompher une solution qui mettait à la charge de l'affréteur le supplément de fret payé pour louer un deuxième navire²¹. Cette règle a été inscrite dans le Code de Commerce sous le Titre des Assurances²². Le projet envoyé aux tribunaux de commerce faisait peser l'obligation de louer un autre navire, en cas d'inavigabilité, directement sur l'assuré (art. 391). Le tribunal de commerce du Havre inspiré certainement par Emerigon, fait observer que « c'est une inadvertance d'avoir transporté cette mission à l'assuré et à l'assureur », et cela parce que l'Ordonnance a établi le capitaine « le procureur né des propriétaires de navire et des marchandises; nul autre ne peut le remplacer »²³.

La solution est sans doute peu conforme à la nature du contrat de transport. En général, le chargeur a stipulé tous les services du transporteur; jusqu'à la livraison des marchandises en principe²⁴ tout est payé. L'inavigabilité du navire ne peut donc justifier le droit de faire payer à l'affréteur le supplément de fret. Etant tenu de l'exécution du transport jusqu'à la concurrence de la fortune de mer, l'armateur ne saurait se libérer que si on admet que le supplément de fret excède cette fortune. Dans cette mesure seulement le transporteur pourrait se réclamer du mandat dont il a été chargé par la loi ou par l'affréteur.

Le Code de Commerce adoptant la règle enseignée par Emerigon a donné au transport par mer un nouveau trait particulier

21) *Supra*, n° 187.

22) Art. 393 C. Com. reproduisant l'art. 9 de la déclaration du 17 Août 1779.

23) Observations du tribunal du Havre sur l'art. 304 du projet.

24) Car le transporteur peut engager des dépenses qui dépassent le cadre normal de ces obligations; ex. réparation de l'emballage défectueux en cours de route, frais de justice pour libérer la marchandise saisie.

à côté des avaries communes et du droit d'abandon de l'art. 216. Le langage employé naguère par les commentateurs et repris lors de la rédaction du Code de Commerce, afin de consolider ce trait particulier du transport par mer, ne doit pas cependant nous tromper ni sur les rapports juridiques existant entre les chargeurs et le capitaine, ni sur le rôle de ce dernier dans la codification du droit maritime. Le capitaine est un agent d'exécution du transport, il maintient les particularités de ce contrat, il assure la mise en oeuvre de la responsabilité de l'armateur. Sa responsabilité ne doit être mise en cause que pour une faute qui dépasse les erreurs inhérentes à toute activité.

II

L'application du critérium légal par la doctrine et la jurisprudence

1. — *Distinction entre les « faits du capitaine »*

195. — La responsabilité du capitaine devait servir pour déterminer les faits qui engagent la responsabilité limitée de l'armateur, pour reconnaître l'exercice normal de l'entreprise maritime. Le Code de Commerce, à l'exemple de l'Ordonnance a organisé cette entreprise autour de la fonction centrale du capitaine de navire. Cependant, dans un article se référant à ses attributions commerciales pendant le voyage, la responsabilité découlant de cette activité est mise directement à la charge des propriétaires du navire : « ...Les propriétaires ou le capitaine qui les représente tiendront compte des marchandises vendues... » (art. 234 C. Com.). C'était assez pour détruire l'intégrité de la règle inscrite dans l'art. 216 C. Com. et pour ranimer la distinction faite autrefois par Pothier

et Valin entre les contrats et les délits du capitaine²⁵.

Cette allusion directe aux propriétaires du navire nous avertit qu'on se trouve en face non seulement d'une responsabilité pour l'activité abusive d'un préposé, mais d'une obligation directe et personnelle²⁶. Le code a en outre nettement indiqué la qualité dans laquelle le capitaine agit: représentant des propriétaires. Il s'en suit que le capitaine « n'est obligé personnellement au paiement du prix des marchandises vendues, que s'il les avait vendues sans en avoir fait constater la nécessité ». Du moment qu'aucune faute ne lui est imputable dans l'exécution de son mandat, tout motif pour laisser à sa charge les contrats passés, sans doute en son nom, mais pour le compte des propriétaires, disparaît et par là même disparaît le droit de ces derniers de limiter leur obligation à la fortune de mer. Car ce qui justifie l'octroi de ce droit est justement l'existence d'une faute qui engageait la responsabilité personnelle du capitaine. C'est dans la réalité de cette responsabilité qu'il faut chercher le fonctionnement de l'art. 216 C. Com. Toutes les fois que le capitaine a un recours contre les propriétaires, comme dans le cas de l'art 234 C. Com., ceux-ci doivent répondre indéfiniment comme tout mandant; « l'art. 216 impose au contraire de répondre civilement de ce qui est dû par le capitaine personnellement sans aucun recours contre les propriétaires »²⁷.

Appuyée ainsi sur la responsabilité personnelle du capitaine et sur le fait que le Code indique directement l'armateur, la jurisprudence réduit la portée du droit d'abandon aux actes délictueux du préposé. Cette interprétation arbitraire de l'art. 216 C. Com. met davantage en évidence le besoin, d'une part de rattacher toute l'exploitation du navire directement au capitaine, et d'autre part

25) V. *supra* n° 179. — La jurisprudence a puisé aussi un fort argument en faveur de cette thèse dans l'art. 298 C. com. qui, ajoutant à l'ancien texte de l'Ordonnance les mots : « si le navire se perd », a paru soumettre l'obligation de restituer le prix des marchandises vendues par le capitaine à un régime différent de celui inscrit dans l'art. 216 C. com. Req., 14 Mai 1833, S. 33, 1, 353 ; D. 33, 1, 248.

26) « ...qu'il résulte de l'art. 234 C. Com. qui se rapporte à l'art. 1998 C. Civ. que l'armateur n'est pas civilement responsable, mais débiteur direct et personnel ». Rouen, 26 Juillet 1832, sous Req., 14 Mai 1833 précitée.

27) Civ., Req., 16 Juillet 1827, S. 27, 1, 394. D. 27, 1, 307. Dans le même sens. Civ., Cass., 1^{er} Juillet 1834, D. 34, 1, 294.

de donner le plus possible à la responsabilité de celui-ci le caractère délictuel²⁸.

Le droit d'abandon reste ainsi dominé par l'idée de faute, d'abus de pouvoir et non par la notion de responsabilité limitée édictée pour l'exploitation normale du navire. D'après les paroles d'un des adversaires de la loi du 14 juin 1841²⁹ qui devait redresser la jurisprudence précitée, si les armateurs ne sont pas tenus sur leur fortune de terre pour les délits du capitaine, c'est qu'ils « n'ont pas donné mandat au capitaine d'agir ainsi qu'il l'a fait ». Il est évident que dans la mesure où le capitaine a respecté les pouvoirs conférés, ses contrats doivent obliger indéfiniment l'armateur. Et même après la loi qui a rétabli l'uniformité de responsabilité pour l'activité du capitaine, les auteurs n'ont pas cessé de professer que l'art 216 C. Com. présente un caractère plus exorbitant du droit commun en tant qu'il régit les engagements contractuels du capitaine³⁰.

196. — Une distinction s'impose pourtant dans l'activité du capitaine pour séparer ce qui rentre dans le cadre de ses attributions légales, de ce qui résulte d'une initiative spéciale de l'armateur dépassant l'exploitation normale de l'entreprise maritime. Si le capitaine agit en vertu d'un mandat spécial, la responsabilité de ses actes ne peut plus être mise en oeuvre à l'aide du criterium légal de l'art. 216, elle doit suivre les règles du mandat civil. L'armateur peut montrer aussi cette volonté de s'obliger indéfiniment en ratifiant l'engagement du capitaine³¹. Mais on ne peut pas présumer l'existence de cette volonté par le seul fait que le capitaine

28) On a invoqué en outre contre la loi du 14 Juin 1841 que « si les emprunts sont disproportionnés avec la valeur du navire et du fret, il n'est pas de tribunal de commerce qui n'admette dans cette circonstance une présomption grave de fraude, d'où résultera presque la certitude que les propriétaires se sont entendus avec le capitaine ». On a rappelé aussi que l'armateur a la possibilité d'assurer la baraterie de patron (art. 353 C. Com.). « Or s'agit-il d'autre chose quand on suppose qu'un capitaine a grevé ses armateurs d'emprunts exagérés ». Discours de PASCALIS, séance du 25 Mai 1841. On pourrait dire que ces présomptions ont été adoptées par le législateur de 1841 car un paragraphe final de l'art. 216 interdit au capitaine propriétaire le droit de se libérer par abandon.

29) PASCALIS, séance du 25 Mai 1841, *Moniteur Universel* 1841.

30) V. notamment LYON CAEN et RENAULT, V, n° 202.

31) Rennes, 16 Juin 1860, D. 61, 2, 161.

a agi en dehors de ses attributions³² ou en négligeant d'accomplir certaines formalités. De même la simple présence de l'armateur sur les lieux où le capitaine s'oblige est insuffisante pour révéler une pareille volonté³³.

La jurisprudence a reconnu cependant avec beaucoup de facilité l'existence d'un mandat spécial³⁴ lorsque le capitaine procédait à l'engagement des marins au lieu de demeure de l'armateur : « ...la présomption dérivant de l'art. 223 C. de Com. est que le propriétaire armateur a dû concourir avec le capitaine au choix et à l'engagement des hommes de l'équipage lorsque l'équipage a été formé dans le lieu de la demeure de l'armateur ». Ce concours présumé de l'armateur est suffisant pour écarter l'art. 216 C. Com., car « le bénéfice de cette disposition n'est point susceptible d'extension, et ne peut être invoqué par le propriétaire du navire pour limiter ses obligations personnelles résultant de ses propres faits et engagements »³⁵.

Le choix de l'équipage est sans doute un acte d'exploitation normale du navire; qu'il soit fait par le capitaine directement ou par l'armateur, on ne peut pas présumer chez ce dernier une volonté de s'obliger sur sa fortune de terre³⁶. La jurisprudence a cependant refusé à l'armateur le droit d'abandon toutes les fois qu'il a signé le rôle de l'équipage ou qu'il a pourvu directement à son engagement³⁷. C'est que les considérations de protection qui sont au fond de l'art. 216 C. Com. se rencontrent avec les mêmes considérations lorsqu'il s'agit de salaire des marins³⁸. Pour donner la

32) Cass., Req., 10 Août 1869, D. 72, 1, 79 ; S. 69, 1, 471.

33) WAHL, n° 1101 ; DE VALROGER, I, n° 258 — Contra : Cass., 30 Août 1859, S. 59, 1, 588 ; D. 59, 1, 350 ; DANJON, II, 1 éd., n° 587.

34) En donnant l'ordre d'armer le navire l'armateur a nécessairement conféré au capitaine un mandat de le représenter dans le choix de l'équipage. FILLEAU, Traité de l'engagement des équipages des bâtiments du commerce, Bordeaux, 1856, n° 85, p. 75.

35) Civ., Req., 30 Août 1859, D. 59, 1, 350 ; S. 59, 1, 388.

36) Pour la signature des connaissements la jurisprudence a écarté toute difficulté en considérant que l'armateur agit comme mandataire du capitaine ; V. infra, n° 197.

37) Rouen, 2 Août 1873, S. 1873, 2, 210 ; Rennes, 31 Mai 1869, D. 70, 2, 195.

38) Le projet de 1867 (art. 225 — 1°) retire à l'armateur le droit de se libérer par abandon pour les créances résultant du contrat d'engagement. Cette solution fut définitivement consacrée par le Code de travail maritime de 1926 (art. 91) ; V. RI-PERT, II, n° 1265.

priorité à cette dernière protection, la jurisprudence a écarté la responsabilité du capitaine, en présumant le plus possible l'intervention directe de l'armateur.

2. — *L'exploitation normale du navire*

197. — A l'époque où fut rédigé le Code de Commerce, l'exploitation du navire ne différait pas beaucoup de celle pratiquée au XVII^e siècle. Les opérations commerciales étaient en règle générale exécutées par le capitaine en personne. Mais avec l'avènement des grandes compagnies d'armement, le rôle du capitaine se cantonna dans ses attributions techniques, tandis que les attributions commerciales étaient confiées aux agents terrestres de l'armateur³⁹. Or, d'après la théorie communément professée sur le fondement du droit d'abandon, l'armateur devait être tenu indéfiniment toutes les fois qu'un engagement a été souscrit par lui-même ou par son mandataire ordinaire.

Si en 1841 on a rétabli l'intégrité de l'art. 216 C. Com., on a, dans un autre sens, réduit sa portée d'application, en mettant à la base du droit d'abandon une présomption de faute du capitaine. L'armateur devait donc éviter toute intervention personnelle sous peine de répondre sur toute sa fortune de terre. « Lorsque c'est l'armateur lui-même qui est capitaine du navire, — dit le rapporteur de cette loi, — et qu'il a personnellement contracté en parfaite connaissance de cause, il ne s'agit plus de mettre l'armateur à l'abri de l'imprudence ou de l'infidélité d'un mandataire; il s'agit d'un engagement personnel... auquel la loi ne saurait apporter la plus légère restriction »⁴⁰. Si les armateurs se sont gardés de commander leur navire en personne, ils n'ont pas pu tout laisser à la charge du capitaine, et ont confié la plus grande partie des attributions commerciales aux agents terrestres. Dans cette voie ils

39) VERNEUX, *op. cit.*, II, p. 104.

40) Rapport de DALLOZ sur la loi du 14 Juin 1841, *Moniteur Universel*, 1841. V. sur les conséquences de cette disposition : N. HORNBOSTEL, *Confusion de la qualité de capitaine et d'armateur*. *An. Dr. Com.*, 1888, 2 p. 220, s.

ont été aidés par la jurisprudence qui a su s'émanciper de la présomption de faute anachronique pour rendre à l'art. 216 C. Com. sa véritable signification de « bénéfice de droit commun »⁴¹.

La signature des connaissements par les agents de l'armateur occasionne une série d'arrêts qui met pleinement en évidence la portée technique de la responsabilité du capitaine. Sans heurter les conceptions communément professées sur le fondement du droit d'abandon, mais en s'inspirant du « but de haute politique » qui a présidé à sa consécration, la jurisprudence s'emploie à prouver que les armateurs réunissent toujours les conditions d'application de ce droit, c'est-à-dire qu'ils gardent une attitude passive bien qu'en fait l'acte ait été signé par eux.

D'abord pendant le voyage cela est évident, car « une fois le capitaine à bord, il n'y a plus qu'une seule volonté, une seule direction, celle que le capitaine croit devoir donner au navire qu'il lui a été confié »⁴².

Quant à la signature du connaissement par l'agent terrestre de l'armateur, « cela importe peu dès qu'il appert de tous les connaissements eux-mêmes que *tout est fait au nom et pour le capitaine*; cette circonstance ne serait pas d'ailleurs de nature à enlever à ce dernier sa personnalité, et à le faire confondre avec la compagnie dont il a reçu le mandat ». — L'indépendance du capitaine au sein de l'entreprise maritime est la pièce maîtresse de la construction jurisprudentielle. Le chargeur a deux débiteurs : le capitaine et l'armateur, chacun avec sa personnalité bien définie. C'est ainsi que le contrat de transport est conclu « si non pour le capitaine lui-même, au moins pour son propre compte et en son nom ». D'ailleurs comment considérer l'armateur comme directement obligé pour les marchandises chargées sur le navire dont la conduite lui est interdite par la loi. Il ne saurait être « considéré même quand il a reçu les marchandises à l'origine, comme obligé

41) Comme s'exprime l'arrêt de la Cour de Paris du 9 Juillet 1872, D. 74, 2, 193.

42) Civ., Rej., 22 Mai 1867, D. 1867, 1, 212. — Dans le même sens : Cass., Civ., 5 Décembre 1910, S. 1911, 1, 129. — Contra : Req., Rej., 22 Juillet 1867, D. 68, 1, 81.

personnellement », car « sa personnalité s'efface devant celle du capitaine, son préposé, auquel il ne peut se dispenser de confier l'exécution »⁴³.

Ainsi pour défendre la fortune de terre des armateurs, la jurisprudence inaugure toute une série de fictions dont le caractère artificiel est par trop évident. Le même résultat aurait pu être sans doute atteint si l'on n'avait pas dénaturé le fondement de la responsabilité limitée de l'armateur et surtout si l'on n'avait pas négligé la portée de la responsabilité du capitaine: criterium de l'exploitation normale du navire. On y arrive, mais par quel détour, par quelles constructions compliquées, par quelle étrange sévérité vis-à-vis du capitaine. Tout ce qui se passe en sa présence ou loin de lui, sur son navire ou à terre, doit rentrer dans ses attributions, et lorsqu'il arrive un dommage, ce ne peut être que de sa faute. Partout il n'y a que ses préposés depuis l'armateur⁴⁴ et jusqu'au dernier matelot. Si l'affrètement principal signe le connaissement, il ne peut le faire qu'au nom et comme mandataire du capitaine⁴⁵. Lorsque les connaissements ont été signés par un capitaine précédent, le capitaine en fonction « est présumé les avoir acceptés en les gardant à son bord avec les marchandises »⁴⁶.

198. — La réaction de la jurisprudence contre l'attaque que les chargeurs ont menée pour retirer à l'armement le bénéfice de l'abandon, nous découvre toute la portée technique de la responsabilité du capitaine. Tout doit être ramené à cette responsabilité avant d'appliquer l'article 216 C. Com. Pour écarter le droit commun de l'abandon il faut un engagement dépassant l'exploitation normale⁴⁷ de l'entreprise ou jouissant d'un régime exceptionnel⁴⁸. Il ne suffit pas simplement que l'armateur ait traité directement

43) Civ., *Rej.*, 22 Mai 1867, précité.

44) L'armateur est le mandataire du capitaine pour la signature des connaissements car la loi en a fait une obligation formelle du capitaine. *Trib. Com. Rouen*, 24 Novembre 1886, *Autran*, II, 420 ; *DE VALROGER*, I, n° 339.

45) *Marseille*, 8 Août 1879, *J. Marseille*, 1879, I, 280.

46) *Rouen*, 5 Janvier 1882, « *La Loi* », du 5 Février 1882.

47) Vice propre ou inavigabilité originaire du navire. *Comp. RIPERT*, II, n° 1279.

48) Les salaires de l'équipage, la contribution à la caisse de prévoyance des marins français, les frais de rapatriement, cf. *RIPERT*, I, n° 704 ; II, n° 1280.

avec les chargeurs pour que sa responsabilité soit illimitée, car les attributions du capitaine réalisent une publicité parfaite de l'exploitation normale du navire⁴⁹.

L'Administration cependant s'est prévalu de cette circonstance pour poursuivre sur toute sa fortune l'armateur qui s'est obligé de transporter des dépêches. La juridiction ordinaire a repris les mêmes arguments qui lui ont servi pour débouter les chargeurs dont les connaissements ont été signés par des agents terrestres de l'armateur. Après avoir constaté l'absence de fautes personnelles à la charge de la compagnie de navigation, un arrêt de la Cour de Paris continue ainsi : « qu'obligée pour exécuter le contrat, de charger les correspondances sur un navire dont la conduite ne pouvait lui appartenir dans aucun cas, d'après les termes mêmes de son marché, elle (la compagnie) n'est tenue, d'après l'art. 216, *que comme responsable des faits du capitaine* et ne peut, à défaut de convention expresse sur ce point, être présumée avoir renoncé au *bénéfice du droit commun*; considérant qu'aux termes des articles 221, 222, 216 C. de Com., le capitaine est responsable du chargement; qu'il est garant de ses fautes même légères, dans l'exercice de ses fonctions et que le propriétaire du navire est civilement responsable des faits du capitaine. Que pour fixer les droits de l'administration des postes il suffit de déterminer l'étendue de la responsabilité du capitaine... »⁵⁰. — La nécessité de maintenir le capitaine sur la scène juridique comme un témoignage permanent du privilège de l'armateur se dessine avec précision dans cet arrêt. Pour connaître les droits des créanciers de l'entreprise il faut donc déterminer « l'étendue de la responsabilité du capitaine ». L'armateur n'est tenu « que comme responsable des faits

49) « ...Le fait que l'armateur a personnellement traité avec les chargeurs pour le transport ne lui enlève pas le droit d'abandon ; car s'il s'est ainsi engagé à faire transporter les marchandises, il n'a pas pris l'engagement de veiller lui-même sur elle. » WAHL, n° 1101.

50) Paris, 9 Juillet 1872, D. 74, 2, 193. — Par contre, le Conseil d'Etat a jugé, deux ans plus tard, que la responsabilité du capitaine « ne fait pas disparaître et ne diminue pas, vis-à-vis de l'administration, celle de la compagnie concessionnaire » : Conseil d'Etat, 8 Mai 1874, D. 75, 3, 32.

du capitaine », c'est-à-dire dans les limites de l'art. 216 C. Com. qui est le « droit commun » du commerce maritime.

199. — Toutes les fois que l'armateur intervient d'une façon exorbitante dans l'exploitation du navire, il ne peut pas se retrancher derrière la responsabilité du capitaine. Par sa faute ou par sa volonté expresse il perd le bénéfice du droit commun maritime pour être soumis au droit commun pur et simple. Seulement la frontière entre ces deux domaines est difficile à saisir. Le fait pour lui d'avoir exécuté les opérations qui rentrent dans les attributions du capitaine, ou qui se rattachent à cette qualité, par lui-même ou par des agents terrestres est insuffisant à engager sa responsabilité illimitée. La jurisprudence s'est efforcée de sortir l'armateur de l'état passif dans lequel le prédestinait la présomption de faute que les auteurs mettaient à la base du droit d'abandon⁵¹ pour faire de la responsabilité limitée une règle générale de l'exploitation normale du navire. A cet effet on a projeté sur le capitaine toute la responsabilité de l'entreprise afin qu'elle arrive à l'armateur dans les limites de l'art. 216 C. Com. Sans doute aujourd'hui « il n'est pas nécessaire de supposer un double ricochet de responsabilité et de déclarer tout d'abord responsable le capitaine »⁵² quand l'engagement résulte des faits des personnes nécessaires à l'expédition maritime, autres que le capitaine, — mais pour cela il a fallu à la jurisprudence tout un travail de préparation. En effet, combien de fois ce double ricochet a été nécessaire pour résister à l'invasion du droit commun dans l'île privilégiée du droit maritime. Avec chaque progrès dans l'exploitation du navire, avec chaque nouvelle catégorie de créanciers, l'attaque se répétait et à défaut d'une affirmation catégorique qu'à la base du droit d'abandon se trouve le risque particulier de l'entrepreneur maritime, la jurisprudence a été bien obligée de faire appel à la

51) Cette présomption se trouve même sous la plume des écrivains récents comme Danjon : « la faculté d'abandon est un correctif apporté aux risques que courent les armateurs d'être victimes des abus commis par le personnel de leur navire ».

DANJON, 1^{re} éd., II, p. 334.

52) RIPERT, II, n° 1275.

notion de faute, au critérium traditionnel de mise en oeuvre de la responsabilité de l'armateur.

Les dangers de plus en plus nombreux qu'entraînent les abordages, ont occasionné à côté des pertes considérables de biens, de multiples accidents de personnes. Le Code de Commerce ne prévoit rien pour la réglementation du droit de recours des victimes; force a été donc de faire appel aux règles de la responsabilité du droit commun. Si l'armateur n'a commis aucune faute personnelle, il peut limiter les risques de ces recours conformément à l'art. 216 du C. Com.⁵³. Dans ces conditions, tout l'effort des passagers ou de leurs héritiers tendait à prouver un vice propre du navire ou un autre manquement personnel de l'armateur.

Après un abordage entre deux navires appartenant à la même compagnie, le « *Liban* » et l'« *Insulaire* », les victimes ont essayé d'écarter l'application du droit d'abandon, en prouvant que le navire était insuffisamment pourvu de moyens de sauvetage, qu'un état major incomplet assurait sa direction, et qu'enfin l'armateur n'avait pas pris la précaution d'établir des routes différentes pour l'aller et le retour de la même ligne. Pour réfuter ces trois griefs le tribunal concentre insensiblement la responsabilité qui en découle, sur le capitaine. — Quant aux moyens de sauvetage le tribunal constate d'abord qu'un certificat de visite établit une présomption que le navire en était suffisamment pourvu. « Attendu que ce n'est donc pas à l'absence de moyens de sauvetage qu'il faut attribuer le désastre, mais au défaut d'utilisation, en temps opportun, des moyens de sauvetage que le navire possédait, et que *l'emploi de ces moyens était à la charge du capitaine seul*; que tout le démontre: et d'abord le titre entier du Code de Commerce consacré au capitaine; que seul maître à bord, *il doit veiller à tout et qu'il répond même de l'obligation de faire opérer la visite réglementaire avant le départ* ». — Bien plus, pour écarter toute

53) Le Havre, 23 Juillet 1894, Autran, X, 66 ; Seine, 28 Juin 1899, Autran, XV, 76. V. RIPERT, II, n° 1271.

discussion autour de ces appareils le tribunal ajoute : « qu'enfin la loi du 10 mars 1891, dans ses articles 7 et 8, lui fait un devoir de pourvoir, avant de prendre la mer de tous les engins de sauvetage nécessaires, comme aussi de les entretenir en état de bon service; que *c'est donc lui qui doit, s'ils n'ont pas été fournis par les armateurs, en provoquer et en exiger au besoin la remise*, obligation qui lui est imposée sous une sanction pénale; qu'à plus forte raison devait-il, les ayant à sa disposition, prendre les mesures nécessaires pour les utiliser ». — Quant aux reproches qu'on a confié la direction du navire à un marin illétre, dans un point difficile de la traversée, le jugement constate que le tribunal disciplinaire reporte toute sa sévérité sur le capitaine. « *Que la faute existe donc et qu'elle remonte au capitaine et par lui à la compagnie, mais qu'on n'aperçoit pas la faute directe de celle-ci comme cause du malheur*; car si la présence sur la passerelle d'un homme plus instruit que Santandréa était nécessaire, aucune raison plausible n'empêchait le capitaine d'y monter lui-même ou d'y placer son second ». — Au sujet de la direction du navire par ce marin on relevait l'insuffisance de l'état-major qui était composé de deux officiers au lieu de trois comme il était indiqué dans le cahier de charges de la compagnie. « Que la présence d'un troisième officier diplômé à bord, à ce moment là, n'aurait ajouté aucune garantie de sécurité aux voyageurs; car le troisième officier aurait pu avoir, pour laisser le commandement à un subalterne quelques motifs aussi légers (présider la table, contrôler les billets) que ceux qui ont suffi pour distraire de leur emploi essentiel le capitaine et le second. ...Attendu que dans la seconde phase du sinistre, alors que les navires, après l'insuccès de la tentative d'échouage, était définitivement perdu, encore moins peut-on dire que la présence d'un troisième officier diplômé aurait conjuré le désastre et sauvé les passagers; car *ce qui manquait à ce moment suprême, c'était une direction unique*, mais ferme, autoritaire, assez forte pour rallier l'équipage et l'obliger à agir avec ensemble, afin

d'utiliser les dernières ressources dont l'efficacité dépendait de la présence d'esprit et de l'énergie du *commandement*. — Quant au troisième grief: « attendu d'abord qu'il n'appartient pas au propriétaire d'un navire, qui peut être étranger aux choses de la navigation de tracer au capitaine la route qu'il doit suivre,... »⁵⁴.

Nous avons reproduit la plus grande partie de ce jugement parce qu'il met pleinement en lumière combien a été précieux le double ricochet de responsabilité pour assurer l'application de l'article 216 C. Com. A chaque grief des créanciers, qui aurait pu entraîner la déchéance du droit d'abandon, la jurisprudence répond en canalisant la responsabilité vers le capitaine.

200. — Le mauvais état du navire avant de prendre la mer a été la porte ouverte aux réclamations des changeurs qui voulaient s'assurer un recours sur toute la fortune de l'armateur. Lorsque la jurisprudence accueille de pareils motifs on assiste à un procédé inverse à celui souligné dans l'arrêt que nous venons de citer: l'élimination du capitaine du débat. « Attendu, lit-on dans un arrêt, en droit, que cette immunité (art. 216 C. Com.) introduite dans l'intérêt du commerce maritime pour limiter en faveur de l'armement la responsabilité de l'armateur, en tant qu'elle serait engagée par les faits du capitaine agissant loin de lui et loin de la portée de sa surveillance, ne peut rationnellement être étendue aux responsabilités personnelles que l'armateur lui-même a pu encourir par *son propre fait*; attendu en fait que la charte-partie... a été passée directement entre eux (affréteur et armateur); que ce contrat n'a été à aucun titre dans l'espèce, *le fait du capitaine*; que l'armateur était donc personnellement obligé par son contrat et par la loi de livrer à son affréteur un navire en bon état de navigabilité... »⁵⁵.

Mais les armateurs ont trouvé un secours précieux dans le

54) Marseille, 29 Mars 1906, Autran XXII, 48, confirmé par Aix, 28 Janvier 1907, Autran XXII, 789.

55) Req., 11 Avril 1870, D. 72, 1, 54.

contrôle de l'autorité maritime sur l'état du navire⁵⁶, comme dans la cote obtenue de la part des sociétés de classification. Ces actes ont été considérés par la jurisprudence comme établissant une présomption de navigabilité du navire en faveur de l'armateur⁵⁷.

Il reste cependant un domaine où l'application de ces présomptions est plus restreinte; ce sont tous les défauts et insuffisances qui sans entraîner l'inaptitude du navire à tenir la mer, n'aboutissent pas moins à compromettre l'exécution du transport des marchandises⁵⁸. Si la limite entre la navigabilité proprement dite du navire et la faute du capitaine est souvent difficile à tracer, la frontière entre cette faute et l'aménagement défectueux du navire⁵⁹ ou l'insuffisance des moyens d'arrimage⁶⁰ est encore plus insaisissable et partant davantage susceptible de provoquer le recours des chargeurs sur toute la fortune du transporteur. Ce problème de délimitation est devenu d'un intérêt primordial surtout à partir du moment où la jurisprudence a validé les clauses de non responsabilité.

Le Code de Commerce ne contient que des directives générales relatives à la responsabilité du voiturier pour les différentes opérations que comporte le transport des marchandises. A peine si une disposition particulière visait l'arrimage des marchandises (art. 229 C. Com.). Et pourtant les fautes commises dans l'exécution de cette opération occasionnent la plupart des dommages aux marchandises, sans compter les dangers qu'elles présentent pour la stabilité des navires. C'est à la jurisprudence que revenait la mission d'assurer une grande diligence dans l'exécution de l'arrimage, tout en réservant à l'armement la faculté d'abandon. C'est

56) Visite de mise en service, visite périodique, visite de partance. LACOUR, n° 43-50; RIPERT, I, n° 281.

57) V. la critique de cette présomption, RIPERT, II, n° 1709.

58) RIPERT, II, n° 1708.

59) Le Havre, 19 Mars 1928, Dor sup., 6, 269. — Pour le fardage : « les obligations relatives au fardage, à l'inverse de celles relatives à l'arrimage, n'incombent pas au capitaine exclusivement mais aussi à l'armateur. » Rouen, 12 Décembre 1928, Dor Sup., 7, 133. V. pourtant Le Havre, 1er Juillet 1859, J. Havre, 1859, 1, 144 : « Le capitaine est seul juge de l'arrimage et aussi seul juge du point de savoir si un grenier au fardage est ou non nécessaire. »

60) Vice propre du navire et vice d'arrimage, Fécamp 28 Mars 1928, Dor sup., 6, 226, Marseille 18 Avril 1928, Dor Sup., 6, 270.

ainsi que l'arrimage est devenu une fonction essentielle du capitaine « *arrimeur naturel et légal du navire*, responsable d'après l'art. 222 des marchandises qu'il transporte »⁶¹. Les parties elles-mêmes n'ont qu'un pouvoir très réduit de direction sur cette opération. De toute façon le capitaine en est responsable même si en fait elle a été exécutée par les chargeurs⁶².

Cette doctrine est devenue nécessaire surtout pour l'application des clauses de non responsabilité. L'intervention personnelle de l'armateur dans l'exécution des opérations d'arrimage aurait détruit l'efficacité de ces clauses. La jurisprudence a trouvé dans la notion de fonction du capitaine les éléments nécessaires pour délimiter l'exploitation normale du navire afin d'exonérer l'armement pour cette exploitation même, et non seulement pour les fautes proprement dites du capitaine. « Par lui-même, lit-on dans un arrêt de la Chambre Civile, l'arrimage se lie à la stabilité du navire et intéresse aussi la sécurité de la navigation; qu'à ce titre *il rentre essentiellement dans les attributions du capitaine*, que c'est au capitaine qu'il incombe de le diriger et de surveiller et que dès lors c'est le capitaine aussi qui *par sa fonction même* en est responsable, à moins que dans l'aménagement du navire, lors de la mise à bord des marchandises, il n'ait été commis par l'armement des fautes que le capitaine n'a pu prévoir et dont il ne lui a pas été possible de conjurer les conséquences »⁶³. — Ces fautes sont justement les faits personnels à la compagnie, comme défaut de cloisons⁶⁴, vice propre du navire, intervention excédant les pratiques courantes. Mais le simple fait que le chargement a été effectué par les agents terrestres de l'armateur est insuffisant à enlever à celui-ci le droit de limiter les risques à la fortune de mer, ou conformément aux conventions intervenues entre les parties.

61) Rouen, 15 Mai 1886, Autran, II, 274.

62) Rouen, 14 Décembre 1820, J. Marseille 1828, 2, 110 ; Marseille 24 Avril 1866, J. Marseille 1866, 1, 174 ; Marseille 26 Juillet 1886, et Aix 2 mars 1887, Autran, II, p. 182.

63) Cass., Civ., 5 Décembre 1910, Autran, XXVI, 437.

64) Trib. Com. du Havre, 4 Juin 1896, Autran, XII, p. 295 ; Rouen, 19 Juillet 1886, Autran, II, p. 647.

201. — En attirant vers le capitaine toute la responsabilité de l'entreprise, la jurisprudence tend à faire de l'article 216 C. Com. une règle générale de l'exploitation maritime et non une simple exception fondée sur l'abus du capitaine: « l'art. 216, — dit un jugement du tribunal de Nantes, — consacre de la façon la plus large et la plus précise le principe que le Code de Commerce a emprunté à notre ancien droit, à savoir que la fortune de terre de tout propriétaire de navire doit rester indemne des vicissitudes de sa fortune de mer, et qu'il peut se libérer de *toutes les responsabilités résultant de la navigation* par abandon de la somme qu'il a mise dans l'opération maritime »⁶⁵.

En visant le capitaine, le législateur a visé tous les organes qui animent l'entreprise. Il a nommé les plus représentatifs, le capitaine et l'équipage, mais il n'a pas exclu les autres auxiliaires qui collaborent à l'exploitation maritime, en tant du moins que leur activité présente une certaine connexité avec l'exploitation proprement dite. La jurisprudence a su garantir cette règle par un enchaînement de mandats et de délégations ressortissant tous des fonctions du capitaine de navire⁶⁶. — Dans les congrès internationaux cette valeur de la responsabilité du capitaine se précise de plus en plus jusqu'à se formuler dans des résolutions comme celles-ci: « Le principe de la responsabilité limitée doit s'appliquer

65) Nantes, 24 Mars 1880, J. Nantes, 80, 1, 388.

66) L'armateur peut se libérer par abandon pour les engagements pris par le Consul dans l'intérêt du navire car ce dernier agit à la place du capitaine. Nantes, 30 Novembre 1870, J. Marseille, 1871, 2, 107. Le capitaine continue à être responsable du pilote parce qu'il reste maître à bord, le pilote n'étant qu'un de ses préposés: Caen, 16 Juillet 1879, D. 81, 2, 169; S. 81, 2, 16. — « Le capitaine commet une faute personnelle en laissant le pilote commettre une faute ». WAHL, n° 361. — V. pour la signature des connaissements, supra, n° 197. — Le même souci de limiter les risques de l'armateur non propriétaire à la fortune de mer a déterminé la jurisprudence à considérer que cet armateur agit toujours « par délégation du propriétaire du navire ». Il ne peut être déclaré responsable qu'en cette qualité de mandataire du propriétaire et non comme entrepreneur tenu des faits de ses préposés. Note LEVILLAIN, sous Cass., 19 Mars 1878, D. 1878, 1, 194; ABRAM, L'affrètement qui a choisi le capitaine est-il responsable des engagements et des fautes de ce capitaine en vertu de l'art. 1384 C. Civ., Autran, XXII, p. 556. — M. RIPERT a très bien mis en relief l'élément qui a commandé ce mouvement de non-responsabilité (II, n° 1262; I n° 779). Placées entre la conception qui fait de l'art. 216 une règle exceptionnelle visant uniquement le propriétaire du navire, et le besoin de protéger l'armateur non-propriétaire, la jurisprudence et la doctrine ont préféré éliminer complètement la responsabilité du second. — Si les rédacteurs du Code « ont déclaré le propriétaire seul responsable, c'est qu'ils entendaient ne faire peser que sur lui la responsabilité », LEVILLAIN, note précitée.

aux contrats conclus par le propriétaire du navire, dès que leur exécution rentre dans les *fonctions légales* du capitaine sans qu'il y ait lieu de distinguer si la violation de ces contrats est due à une personne de l'équipage ou non, le cas de faute personnelle du propriétaire seul excepté »⁶⁷. Les fonctions légales du capitaine fournissent ainsi un critérium pour distinguer les engagements pour lesquels on entend s'obliger indéfiniment et les autres qui doivent être limités à la fortune de mer. Dans le cadre de ces fonctions et « à défaut de convention expresse... l'armateur ne peut être présumé avoir renoncé au bénéfice du droit commun »⁶⁸.

La loi du 12 août 1885 intervenue pour mettre fin à une jurisprudence administrative tendant à écarter l'application de l'art. 216 vis-à-vis de l'Etat, créancier de frais d'enlèvement des épaves ou des dommages causés par les navires aux ouvrages d'un port⁶⁹ — délivre le capitaine de la présomption de faute qui plane sur son activité, pour faire de la responsabilité limitée véritablement une règle générale pour l'exploitation normale du navire: « la même faculté appartient au capitaine qui est propriétaire ou copropriétaire du navire, à moins qu'il ne soit prouvé que l'accident a été occasionné par sa faute » (art. 216 — 5° C. Com.)

La convention internationale de Bruxelles de 1924 abolit toute distinction entre le préposé terrestre et le personnel maritime, en établissant une responsabilité uniforme pour « les faits ou fautes du capitaine, de l'équipage, du pilote et de toute autre personne au service du navire » (art. 1, 1er). Quant au capitaine propriétaire ou copropriétaire du navire, sa responsabilité n'est engagée d'une façon illimitée que pour ses fautes autres que « les fautes nautiques et les fautes des personnes au service du navire » (art. 2, 3°).

202. — Dans l'élaboration de la responsabilité de l'entreprise maritime, la responsabilité du capitaine a joué sans doute le rôle

67) Résolution du congrès de Londres de 1900. Com. Marit. Int., Bul. n° 9, p. 213.

68) Paris, 9 Juillet 1872, précité. — Comp. RIPERT, II, n° 1276.

69) Cons. d'Etat, 8 Février 1864, Rec. Lebon, 1864, p. 118 ; DE COURCY, Questions de droit maritime, II, p. 127.

essentiel. Elle a servi à concilier le fondement mis à la base du droit d'abandon (la faute) avec les transformations subies par l'exploitation du navire. L'intervention dans le service du navire d'un personnel ayant des attributions de plus en plus détachées de la mission du capitaine a pu se faire ainsi, sans que l'armateur perde la protection si utile du droit d'abandon. Si la responsabilité du capitaine de navire a survécu aux transformations de l'entreprise maritime, c'est qu'elle a servi d'instrument technique pour la mise en oeuvre de la responsabilité de l'armateur. L'explication de cette persistance n'est pas une simple « curiosité »⁷⁰, qui atteste la résistance des conceptions anciennes, mais elle se trouve dans cette « clé de voûte » du droit maritime qu'est l'article 216 C. Com.

3. — *La responsabilité de la garde et l'application du critérium légal*

203. — Tout récemment la fortune de terre de l'armateur menaçait d'être atteinte par l'invasion d'une responsabilité qui, au premier abord, semblait se rattacher davantage au vice propre du navire qu'à l'exploitation normale de l'entreprise maritime. C'est la responsabilité du fait des choses inanimées, inaugurée à la fin du siècle dernier⁷¹ par la jurisprudence pour venir en aide aux victimes des accidents causés par une chose quelconque, en les dispensant d'apporter la preuve d'une faute (art. 1384 — 1^o C. civ.).

Edifiée sur une présomption de faute du gardien de la chose, cette responsabilité paraît appartenir à la même catégorie que celle découlant des fautes directes de l'armateur⁷². Mais en réalité, derrière la présomption irréfragable de faute se cache la notion

70) Sic. RIPERT, II, p. 717, note 2.

71) Civ., 16 Juin 1896, D. 1897, I, 433, Note ESMEIN ; S. 1897, I, 17, note SA-LEILLES. — V. Historique de la question, PLANIOL, RIPERT et P. ESMEIN. *Traité Pratique*, VI, n. 612, p. 832.

72) RIPERT, I, n^o 772, p. 846.

de risque créé⁷³, comme derrière la responsabilité du commettant se trouve l'idée d'entreprise. Dès lors, comme il ne s'agit nullement d'une faute proprement dite de l'armateur, mais d'une simple fiction pour dynamiser la sanction sociale — il n'y a aucune raison pour exclure l'application du droit commun maritime. Tout comme la direction du navire, la garde est comprise parmi les « *faits du capitaine* ». Non qu'elle pèserait sur le capitaine, qu'elle engagerait sa responsabilité personnelle, mais elle est une conséquence de l'exploitation normale du navire qui, à l'époque où fut élaborée la responsabilité de l'armateur, se résumait dans l'activité du capitaine. La responsabilité de la garde doit donc être mise en oeuvre à l'aide du critérium traditionnel.

Voyons quelles sont les positions de la jurisprudence et de la doctrine sur cette question.

Un arrêt remontant au début de notre siècle évite toute précision en déclarant que l'armateur ne peut être tenu par la voie de l'art. 1384 — 1^o C. civ. des vices cachés du navire, « chose essentiellement mobilière »⁷⁴. Et même si cet article trouvait une application pour les dommages causés par les navires, l'armateur ne saurait être poursuivi comme n'ayant pas la garde du navire. Sans le dire expressément la Cour de Cassation entendait que la garde incombe au capitaine, puisqu'elle n'a nullement nié l'existence de cette obligation en droit maritime⁷⁵.

73) JOSSERAND, Cours de Droit Civ., II, n. 553, p. 303. — Contra, PLANIOL, RIPERT et P. ESMEIN, op. cit., n. 613, p. 835. — Comp. *ibid.*, n. 625.

74) Cas., Req., 2 Avril 1901, D. 1901, 1, 293 ; S. 1905, 1, 134. — On pourrait peut-être rapprocher cette qualification — « chose essentiellement mobilière » — de la distinction adoptée plus tard par certains arrêts entre le fait de la chose prise en elle-même et le fait de la chose se trouvant sous l'impulsion de l'homme : dans ce dernier cas il ne s'agirait plus du fait du gardien dans le sens de l'art. 1384 — 1^o, C. Civ., mais du fait de l'homme, c'est-à-dire d'une responsabilité régie par les articles 1382 et 1383 C. Civ. (Décision en ce sens dans la note, Ripert, sous Cas., 28 Juin 1920, D. 1922, 1, 25.) Mais cette tentative de restreindre le domaine d'application à l'art. 1384 — 1^o, C. Civ. a été repoussée par un arrêt des Chambres réunies (Arrêt Jand'heur, Ch., Réun., 13 Février 1930, D. 1930, 1, 57, note RIPERT), qui déclare que « la loi, pour l'application de la présomption qu'elle édicte, ne distingue pas suivant que la chose qui a causé le dommage était ou non actionnée par la main de l'homme ». V. JOSSERAND, Cours, II, no 537, s.

75) Il faut remarquer qu'en fait le domaine d'application de cette responsabilité est très réduit : il ne comprend ni l'abordage — rencontre entre deux objets également dangereux —, ni les dommages causés aux passagers — protégés déjà par une présomption de faute pesant sur le transporteur —, enfin ni les accidents des hommes de l'équipage — une loi spéciale interdisant le recours de l'art. 1384 — 1^o, C. Civ., Cf. RIPERT, I, no 772, p. 848.

La question devait se poser de nouveau en 1923. Seulement cette fois-ci le tribunal d'Alger condamne l'armateur sur le fondement de l'art. 1384 — 1^o, C. Civ., en déclarant que la garde du navire incombe directement⁷⁶ à l'armateur. Cette situation en appelle une autre: l'armateur ne peut même pas se libérer par le jeu de l'article 216 C. Com. Ceci n'a pas manqué d'alarmer la doctrine qui voyait un nouveau danger menacer l'industrie de l'armement. Ainsi à l'occasion d'un arrêt de la Cour d'Aix, qui condamne de nouveau l'armateur comme gardien du navire⁷⁷, M. L. Dor se demande sur qui doit peser la garde du navire et en faisant application de l'ancien argument de l'autorité, — le capitaine étant maître à bord, — il propose de le considérer comme ayant la garde du navire⁷⁸, ce qui permettra à l'armateur de se libérer par abandon, à l'exception des vices résultant du mauvais état de navigabilité du navire.

Le fait d'engager un capitaine pour commander un navire ne transmet pas à cet agent la garde juridique. Le capitaine reste, malgré tout le prestige dont on a entouré sa fonction, un simple préposé, et comme tel il ne saurait être considéré comme gardien du navire dans le sens de l'art. 1384 — 1^o, C. Civ., car la préposition ne lui en transmet que la garde matérielle. La garde juridique pèse directement sur l'armateur, comme d'ailleurs toute l'exploitation du navire. Seulement cette responsabilité doit être mise en oeuvre à l'aide du critérium légal de l'art. 216 C. Com., parce qu'elle découle de l'exploitation normale de l'entreprise, parce qu'elle est fondée sur le risque que le navire crée autour de lui, et parce que l'armateur n'a commis aucune faute personnelle justifiant la déchéance du bénéfice légal. Propriétaire ou non du navire, l'armateur répond personnellement comme tous ceux qui ont

76) Le débat a bien porté sur cette question, quoique un peu confusément, car l'armateur voulait prouver que le dommage est dû à la faute du capitaine. Trib. Com. Alger, 17 Décembre 1923, Dor sup., 2, 114.

77) Aix, 7 janvier 1923, Dor sup., 2, 151. Obs. L. DOR.

78) M. RIPERT déconseille cette conception, « peut-être conforme aux traditions maritimes » mais « difficile à défendre à l'heure actuelle », II, no 1279 bis.

la garde des choses qu'ils emploient⁷⁹, mais il ne répond que dans les limites déterminées par la loi pour les « *faits du capitaine* », c'est-à-dire pour l'exploitation normale de l'entreprise maritime.

204. — La même responsabilité de l'art. 1384 — 1^o, C. Civ. a été invoquée par les chargeurs. Ceux-ci ne trouvant plus aucune sécurité dans les contrats conclus avec les transporteurs maritimes, par l'abus des clauses de non-responsabilité, ont tenté d'engager la responsabilité de l'armateur par cette voie que leur offrait le droit civil⁸⁰.

Une marchandise fut endommagée au cours d'un transbordement effectué par le transporteur pendant le voyage. Le chaland employé pour effectuer cette opération coule à la suite d'une voie d'eau. La Cour d'Aix⁸¹ qui auparavant avait accueilli la demande des victimes d'un abordage, refuse l'application de la responsabilité du fait des choses aux chargeurs, parce que le chaland loué appartenait à une compagnie qui, en l'espèce, doit être considérée comme ayant « assumé la garde et la surveillance au moment du sinistre ».

Même en admettant que le contrat intervenu entre le transporteur et le propriétaire du chaland ait réglé la question de la garde juridique, il faut se demander si cette convention était opposable aux chargeurs. Nous ne le croyons pas car le transporteur n'a pas le droit d'imposer aux affréteurs d'autres entrepreneurs éloignés, difficiles à atteindre et qui rompent l'unité du contrat de transport contrairement à sa nature. Il peut très bien opposer aux tiers cette convention passée avec un entrepreneur de chaland, car dans ce cas la présomption qui pèse sur ce dernier, présomption qu'il assume les risques professionnels⁸² de son entreprise, le constitue vis-à-vis des tiers gardien de la chose. Mais cette présomption n'existe plus lorsqu'il s'agit des char-

79) La responsabilité incombe au gardien et non au propriétaire. JOSSERAND, Cours, II, n° 539 ; Planiol, Ripert et P. Esmein, op. cit., n° 613.

80) La responsabilité du fait des choses existe même entre contractants. Civ., 29 Février 1929, D. H. 1929, 201.

81) Aix, 5 Janvier 1924. *Dor sup.*, 2, 634, note RIPERT.

82) H. MAZEAUD, La faute dans la garde, *Rev. Trim.*, 1925, p. 849.

geurs; ceux-ci n'ont pas visé les moyens employés par le transporteur pour exécuter les services promis, ils n'ont pas entendu se trouver en face d'une multitude d'entrepreneurs, dispersés sur tout le parcours du voyage accompli par la marchandise et partant pratiquement insaisissable⁸³. Et ils ont par contre connu et accordé leur confiance à un seul entrepreneur; pour eux cette présomption pèse uniquement sur le transporteur⁸⁴.

Mais par contre nous ne tiendrons l'armateur comme responsable en principe que dans les limites de l'article 216 C. Com., parce que la garde comme toute responsabilité découlant du risque de l'entreprise maritime rentre dans le cadre compréhensible des « *faits du maître* ».

83) C'est l'esprit qui se dégage de l'article 99 C. Com., JOSSERAND, *Les Transports*, n° 735.

84) L'arrêt est critiquable aussi parce qu'il fait une application arbitraire de la notion de force majeure, en considérant que la difficulté de découvrir le vice caché du chaland doit être rangée parmi les causes « externes » qui permettent au gardien de se libérer.

TROISIÈME PARTIE

LA RESPONSABILITÉ DU CAPITAINE

FICTION

CHAPITRE PREMIER

LES RAPPORTS JURIDIQUES

ENTRE LE CAPITAINE ET LES CHARGEURS

I

Généralités

205. — Avec l'avènement de la grande industrie d'armement on se serait attendu à voir disparaître l'intérêt de la responsabilité du capitaine. Il n'en est rien : cette responsabilité s'est montrée aussi actuelle qu'au moment où fut élaborée l'Ordonnance de la marine sinon davantage. En effet, pour maintenir l'intégrité du droit commun maritime, la jurisprudence a fait constamment appel à la responsabilité du capitaine, en groupant tout ce qui se rattache à l'exploitation normale du navire dans « *les faits du capitaine* ». Les formules employées pour mettre en oeuvre la responsabilité de l'armateur, empruntaient l'aspect d'une réalité, mais on sentait

derrière cette façade le jeu subtil inauguré en 1681. — Le législateur lui-même pour abolir la distinction entre les contrats et les délits du capitaine¹ utilise le jeu traditionnel de la responsabilité du capitaine.

Mais lorsqu'on a mis véritablement en cause cette responsabilité, la jurisprudence abandonne ce langage soit pour admettre une excuse de force majeure là où il ne s'agissait que d'un simple cas fortuit², soit pour ériger le navire en une sorte de personne morale dont le capitaine n'est que l'organe, soit enfin pour rappeler la qualité du capitaine de représentant légal de l'armateur.

C'est surtout à l'occasion des abordages que la responsabilité du capitaine fut mise en cause, car dans ces accidents on relève facilement la faute d'un des commandants. Or, si cette faute est décisive pour engager la responsabilité de l'armateur, elle se réduit en fait à une simple erreur de manoeuvre inhérente à la conduite du navire. Condamner le capitaine à réparer le dommage, ce serait lui faire supporter les risques d'une entreprise dont il n'est plus depuis longtemps le maître. Les tribunaux ont évité cela en mettant en relief le double rôle du capitaine: agent du navire, et auteur du dommage³. « Le plus ou moins d'opportunité et d'habileté d'une manoeuvre, suffisant pour engager la responsabilité du capitaine *en cette qualité seulement*, ne peut l'être pour engager sa responsabilité personnelle »⁴.

D'autres fois la responsabilité du capitaine a été écartée par l'emploi d'un langage imagé qui fait du navire l'éditeur de la faute qui a causé l'abordage: « ...le bateau « Télégraphe » est en faute

1) Loi du 14 Juin 1841, V. *supra*, n° 195.

2) DE COURCY, *op. cit.*, II, p. 110 ; DE VALROGER, n° 332 et 397.

3) Trib. Com. Marseille, 29 Juin 1864, cité par DE COURCY, *op. cit.*, p. 113. Et même vis-à-vis de l'armateur le capitaine ne saurait être tenu que « s'il avait agi sous l'inspiration d'une pensée coupable, d'une intention frauduleuse ou malveillante ». Nantes, 29 Juin 1864, J. Nantes, 64, I, 196. — L'art. 373 C. Com. Pays-Bas : « lorsqu'il dépasse les limites de ses pouvoirs ».

4) Nous laissons de côté la responsabilité pénale du capitaine parce qu'elle dépasse l'objet de cette étude. De même on n'insistera pas sur sa responsabilité civile découlant de fautes graves et doit que dans une faible mesure. Consulter sur ces points, RIGERT, I, n° 830, s.

et partant *responsable*, responsabilité qui aux termes de l'art. 216 du Code de Commerce s'étend à la société défenderesse comme propriétaire... par ces motifs, dit que l'abordage dont il s'agit est imputable au bateau « Télégraphe » ; partant, condamne la société défenderesse en la personne de son défendeur... *relaxe le capitaine du procès* »⁵.

Et la jurisprudence est allée si loin dans cette voie qu'elle proclame que même lorsque le capitaine déclare s'engager personnellement à rembourser l'emprunt contracté pour les besoins de l'expédition, il ne faut pas voir là une intention sérieuse de s'obliger personnellement, mais une simple déclaration de style⁶.

En principe donc la responsabilité du capitaine apparaît comme un procédé technique pour mettre en oeuvre la responsabilité de l'armateur et non pour réaliser la dette sur le patrimoine du capitaine. Ainsi fut-elle utilisée par la jurisprudence et par la doctrine depuis l'Ordonnance de la marine et jusqu'à nos jours. — Mais à partir du milieu du XIX^e siècle cette responsabilité devait être appelée à jouer un rôle nouveau. L'art. 216 C. Com. représentait une protection suffisante de l'armement tant que les navires étaient d'un faible tonnage et peu coûteux. Mais lorsque l'emploi du fer permit la construction des navires de dimensions considérables⁷, les armateurs ont trouvé un trop faible secours dans le droit d'abandonner une si importante fortune de mer, et ils pensèrent à réduire leur responsabilité vis-à-vis des chargeurs et passagers en insérant dans les connaissements et dans les contrats de passage des clauses de non-responsabilité⁸. Seulement, ce mouvement se heurtait aux conceptions qui dominaient le problème de la responsabilité et, notamment, au caractère d'ordre public de l'art. 1384 — 5^o, C. Civ. Pour écarter cet obstacle la juris-

5) Trib. Comm. d'Anvers, 21 Août 1867, cité par DE COURCY, loc. cit. D'après un arrêt de la Cour de Paris (18 Décembre 1894), Autran, X, 743), le navire est le « principal obligé ».

6) Marseille, 23 Août 1854, J. Marseille, 1854, I, 1855 ; ELOY et GUERRAND, Des capitaines, maîtres et patrons, Paris, 1860, III, p. 714.

7) Vers 1860, cf. RIPERT, I, n^o 7.

8) C'est en 1864 que la Cour de Cassation déclara pour la première fois valables ces clauses : Civ. Cass., 23 Février 1864, D. 64, I, 166 ; S. 64, I, 385.

prudence et la doctrine ont eu recours à la responsabilité du capitaine de navire, laquelle est devenue ainsi d'un intérêt primordial. L'armateur peut stipuler la plus large irresponsabilité parce que les chargeurs ont une garantie légale inébranlable: la responsabilité du capitaine. Celui-ci n'est plus un préposé, il ne répond plus es-qualité; il est un véritable entrepreneur jouissant dans la gestion du navire d'une absolue indépendance de droit et de fait, organisant l'expédition sans aucun contrôle de l'armateur⁹. Jamais la formule « *maître après Dieu* » n'a été aussi pleine de sens que sous la plume des défenseurs de clauses de non-responsabilité. Plus ou moins modernisée, cette formule est utilisée pour conquérir un droit nouveau — la protection de la fortune de mer. Le droit d'abandon reste encore un remède extrême vis-à-vis des tiers, mais vis-à-vis des chargeurs, il est remplacé par des stipulations qui exonèrent l'armateur de toute responsabilité.

Cependant, la méthode employée pour réaliser cette nouvelle distribution de risques ne date pas d'aujourd'hui, elle fut inaugurée par un des commentateurs de l'Ordonnance. On se rappelle que pour mettre le supplément de fret que le transporteur a dû payer pour conduire la marchandise à destination après l'inavigabilité du premier navire (art. 296 C. Com.), à la charge des affréteurs, Emerigon isole le capitaine de l'armateur en lui faisant un devoir indépendant d'agir pour le compte des chargeurs¹⁰. Lorsque l'obligation de l'armateur cesse, le capitaine reste pour protéger tous intérêts en souffrance. Mandataire légal des chargeurs¹¹ il est responsable vis-à-vis d'eux pour l'exécution du transport. Sous la garantie de cette responsabilité les liens entre les chargeurs et l'armateur apparaissent moins solides, davantage sus-

9) Bordeaux, 7 Décembre 1892, Autran, VIII, p. 521.

10) V. *supra*, n° 187.

11) La formule a été reprise en 1841 lors de la rédaction de la loi qui devait mettre fin à la division de la jurisprudence sur l'application du droit d'abandon pour les engagements contractuels du capitaine. « Par la force même des choses, le législateur a dû donner au capitaine le droit d'accomplir dans certaines circonstances exceptionnelles des actes qui lient les chargeurs aussi bien que les propriétaires. N'est-ce pas lui conférer un mandat légal ? » Rapport du garde des sceaux sur la loi du 14 Juin 1841, *Moniteur Universel*, 1841.

ceptibles d'être dénoués par la convention des parties.

La relation étroite entre la fiction d'Emerigon et la validité des clauses de non-responsabilité fixe tout naturellement l'ordre de notre exposition. Un premier chapitre sera consacré aux rapports juridiques existant entre le capitaine et les chargeurs; le deuxième déterminera le rôle de la responsabilité du capitaine dans la protection de la fortune de mer de l'armateur.

II

La manifestation du mandat

1. — *Le capitaine et l'exécution du contrat de transport*

206. — Le capitaine a été utilisé par le législateur et la jurisprudence pour mettre en oeuvre la responsabilité de l'armateur. C'est en déterminant ses devoirs et ses obligations qu'on reconnaissait le cadre normal de l'exploitation maritime. Au premier abord il apparaît comme le véritable débiteur de l'exécution du transport, tenu de supporter les risques de cette entreprise, sauf à prouver la force majeure (art. 222 et 230 C. Com.).

Dans ses engagements vis-à-vis des tiers, la qualité de préposé dans laquelle le capitaine agissait, a été assez tôt mise en relief. Par contre, les rapports entre lui et les chargeurs ont été longtemps enveloppés dans le brouillard d'un langage qui faisait du capitaine un voiturier responsable de l'exécution du transport indépendamment de tous liens le rattachant à l'armateur. — « Le capitaine, par le fait du chargement, contracte des obligations personnelles analogues à celles du voiturier et qui se résument dans l'obligation de veiller à la garde des marchandises et de les transporter au lieu convenu, dans le temps convenu »¹². Et

12) BOISTEL, Manuel, n° 1249. V. aussi BEDARRIDE, n° 359.

il ne s'agit pas d'une simple manière commode de désigner l'armateur, mais d'une véritable responsabilité personnelle¹³ du capitaine, résultant d'une mission distincte de celle de préposé de l'armateur. En effet, « si à l'origine du contrat, le capitaine n'est que l'agent de l'armateur, il devient dans l'exécution partie distincte et nécessaire si bien qu'il répond directement et personnellement des marchandises qu'il reçoit »¹⁴.

Pour connaître l'étendue de l'obligation du capitaine vis-à-vis des chargeurs il faut se rapporter au statut du voiturier. Mais la source de ces obligations se trouve dans le mandat qui le lie aux premiers. — « Il est aussi dans certaines mesures, le mandataire des chargeurs, pour tout ce qui concerne le transport des marchandises; il est, à peu près, à cet égard, comme le voiturier »¹⁵.

L'objet de son mandat fait du capitaine un véritable commissionnaire: « C'est au capitaine comme au commissionnaire que sont confiées les marchandises qui sont chargées dans son navire »¹⁶.

Les auteurs plus récents ont abandonné ce langage pour enseigner que cette coïncidence entre l'objet du mandat du capitaine et l'obligation du transporteur est voulue par la loi, que partant le capitaine est un mandataire légal des chargeurs « pour tout ce qui a trait à la conservation et au transport des marchandises »¹⁷.

Le capitaine répond vis-à-vis des chargeurs de tout dommage arrivé à la marchandise par la faute de ses préposés¹⁸. Son

13) BOULAY-PATY, Cours, II, p. 118. — Rennes, 9 Août 1811, S. 1813, 2, 227 ; Havre, 28 Juillet 1876, J. Marseille, 76, 2, 148.

14) BEDARRIDE, n° 292.

15) BOISTEL, n° 1243. — « C'est sur lui que les obligations relatives à l'affrètement pèsent », LYON-CAEN et RENAULT, V, n° 637 : Adde. HENNEBICQ, L'Armement, II, n° 256.

16) BOULAY PATY, II, p. 127. Dans le même sens : BEDARRIDE, n° 359 et 372. D'autres fois on a considéré l'armateur comme un commissionnaire et le capitaine comme un voiturier : CHARVERIAT, An. Dr. Com., I, p. 40, note 1.

17) LEVILLAIN, note sous Cas. Civ., 2 Avril 1884 (« Putnam »), D. 1884, 1, 449. — LYON-CAEN et RENAULT, V, n° 489 et 660 ; DESJARDINS, III, n° 795 ; CRESPEL et LAURIN, I, p. 567 et 568.

18) FRESQUET, Précis, p. 40 ; BOULAY PATY, II, p. 130 ; LYON-CAEN et RENAULT, V, n° 522. — Comp. RIPERT, I, n° 837.

rôle dans l'exécution du transport apparaît ainsi égal à celui d'un entrepreneur. Notamment en ce qui concerne le fret, les chargeurs ne peuvent pas prétendre se trouver en compte avec l'armateur et lui opposer une compensation, car il a un droit propre à toucher ce fret¹⁹. Et réciproquement le capitaine ne saurait invoquer l'activité de l'armateur pour dégager sa responsabilité puisqu'il est obligé « de préserver la marchandise chargée à son bord des causes nuisibles qui sont le fait de l'armement. Garant de ses fautes même légères, responsable des marchandises dont il se charge, le capitaine ne peut, aux termes de l'art. 230, échapper à la responsabilité qu'en établissant la force majeure ou le vice propre »²⁰.

Exerçant le commerce pour son propre compte le capitaine obtient la qualité de commerçant²¹. Les poursuites intentées contre lui, abstraction faite de son rôle représentatif, seront portées devant les tribunaux de commerce²². — Les auteurs qui enseignent cette solution invoquent en outre les dispositions qui donnent au capitaine le droit d'être électeur et éligible aux tribunaux de commerce (L. du 8 décembre 1883 modifiée par la L. du 19 mars 1926) et aux Chambres de Commerce (L. du 27 décembre 1871; Decr. 22 janvier 1872). Mais l'argument tiré de ces textes n'est pas d'un grand poids, parce que d'abord il y a d'autres non-commerçants qui sont appelés comme le capitaine à ces fonctions, et ensuite parce que le capitaine n'est pas tenu de remplir les formalités attachées à la qualité de commerçant, telles que la publicité du contrat de mariage, la tenue de livres, et n'est pas assujetti à la déclaration de faillite. Aussi la majorité de la doctrine professe

19) Marseille, 6 Juin 1848, J. Marseille, 1848, 1, 330.

20) Rouen, 11 Août 1886, J. de Dr. Maritime, 1886, p. 412.

21) CRESPEL et LAURIN, I, p. 568 ; D. Rep., v^o Dr. Marit., n^o 311.

22) D. Rep., v^o Dr. Marit., n^o 295. — M. RIPERT fait résulter cette compétence non de la qualité de commerçant mais de ce que « le capitaine exerce une fonction commerciale » (I, n^o 815). — La jurisprudence récente belge est défavorable à cette compétence : Trib. Com. Anvers, 8 Février 1924, Dor, 7, 88 ; Trib. Com. Bruges, 30 Juin 1927, Dor, 17, 185.

que le capitaine n'est pas un commerçant²³.

207. — A quel moment le capitaine doit-il être considéré comme investi de ce mandat? D'après une grande partie des auteurs, c'est la réception des marchandises qui établit les liens juridiques directs entre le capitaine et les chargeurs²⁴. Ainsi l'art. 400 du C. de Com. attribue au capitaine un pouvoir constitutif d'avarie commune sur les marchandises « depuis leur chargement et départ et jusqu'à leur retour et déchargement »²⁵. A partir de ce moment le capitaine ajoute à sa qualité de préposé de l'armateur celle de mandataire des chargeurs. A ce dédoublement correspondent deux responsabilités distinctes régies par des statuts différents. C'est ainsi que le capitaine ne saurait s'abriter derrière sa qualité de préposé pour échapper à « la responsabilité directe et personnelle résultant de la *réception* »²⁶.

Le chargement des marchandises donne un caractère définitif au contrat de transport de sorte qu'entre plusieurs affréteurs qui ont loué le même navire il faut donner la priorité à celui qui a déjà exécuté le chargement, même si son contrat est postérieur²⁷.

Mais ce point de départ de la responsabilité du capitaine ne rallie pas tous les suffrages. Ainsi une grande partie des auteurs tient le capitaine obligé dès qu'il a mis sa signature sur la charte-partie ou le connaissement²⁸. Etant tenu de « veiller à ce que le navire qui entreprend une expédition soit muni de tous les approvisionnements nécessaires »²⁹, le capitaine devient responsable dès

23) BOISTEL, n° 1194 ; DESJARDINS, II, n° 375 ; BONNECASE, n° 428 ; DE VALROGER, I, p. 378 ; LYON-CAEN et RENAULT, V, n° 517 ; WAHL, n° 119 ; JACOBS, I, n° 113. — SCIALOJA, *Sistema del diritto de la Navigazione*, 2^e éd., Roma, 1929, p. 320.

24) DESJARDINS, II, n° 401, p. 302 ; BOISTEL, n° 1249 ; PARDESSUS, II, n° 749 ; ELOY et GUERRAND, III, p. 400.

25) On a voulu réduire ce pouvoir au départ seulement, mais la jurisprudence considère que le chargement est suffisant. cf. Rouen, 20 Juillet 1870, *J. Havre*, 70, 2, 252.

26) BEDARRIDE, n° 712. Cependant, le capitaine peut se prévaloir des clauses stipulées par l'armateur pour son compte, l'acceptation de cette stipulation résultant de l'embarquement des marchandises. Appel Bruxelles, 23 Novembre 1896, *Autran*, XII, 532.

27) PARDESSUS, II, n° 709.

28) BEDARRIDE, II, n° 440 ; DE VALROGER, I, n° 456. L'obligation de signer les connaissements était déjà sous Valin « propre et personnelle au capitaine ». — Contra, DESJARDINS, loc. cit., p. 303.

29) DE VALROGER, I, n° 442.

avant le chargement. S'il est engagé pour ramener une marchandise de quelque port, son pouvoir de représenter les affréteurs commence dès que le navire est parti pour chercher le chargement³⁰. — La signature des connaissements marque le début des relations entre le capitaine et les chargeurs même lorsqu'en fait cette signature n'a pas été l'oeuvre du capitaine, mais de l'armateur ou de ses agents, car ceux-ci agissent en l'occurrence « pour son compte en son nom »³¹. En faisant ainsi remonter la responsabilité du capitaine à l'affrètement même, on peut dire que ce contrat renferme un mandat tacite³² qui charge le capitaine des intérêts des affréteurs.

Un écho de cette divergence sur le point de départ de la responsabilité du capitaine a percé tout récemment dans la lutte contre les clauses de non-responsabilité. Les chargeurs ont essayé de circonscrire le contrat de transport entre le chargement et le déchargement, afin que l'efficacité de ces clauses soit limitée à cette époque, et qu'on revienne au droit commun du dépôt pour les dommages arrivés en dehors du transport proprement dit, c'est-à-dire en dehors de la présence de leur représentant³³. — A cette occasion, il est piquant de constater avec quel empressement les armateurs ont défendu l'unité du contrat de transport dont ils se sont appliqués avec tant de méthode à conserver les fissures.

208. — Maintenant, quelle est la fin de la responsabilité du capitaine vis-à-vis des chargeurs? Sa mission finit-elle en même temps que les obligations du transporteur? Car si on considère que ce dernier est libéré par la perte du navire, on peut se demander si le capitaine n'est pas libéré par le même événement. Autrefois Emerigon a montré que c'est justement cette limite de l'affrè-

30) H. BEIT, *Der Schiffer als Vertreter der Ladungsinteressenten nach Deutschen Seerecht*, Diss. Göttingen, 1911, p. 13.

31) Civ. Rej., 22 Mai 1867, D. 1867, 1, 42 ; Cass. Civ., 5 Décembre 1910, S. 1911, 1, 129.

32) LYON-CAEN, note, *Revue critique*, 1885, p. 401.

33) F. R. SAUVAGE, *La responsabilité du transporteur maritime pour les marchandises à quai*, Dor. 12, 1.

tement qui a obligé le législateur à confier les intérêts des chargeurs au capitaine³⁴. Celui-ci continue ainsi d'être responsable des marchandises malgré l'arrivée des événements qui mettent fin à l'obligation du transporteur. Ses actes faits après la déclaration d'inavigabilité³⁵, ou après la perte du navire³⁶, ou enfin après l'interruption du voyage par le fait du prince³⁷, obligent les chargeurs. Le capitaine est tenu de s'occuper de leurs intérêts tant qu'ils ne peuvent pas agir eux-mêmes.

En général, sa responsabilité ne prend fin que par la délivrance effective³⁸. « S'il n'a pas encore livré les biens, il reste le représentant légal des chargeurs même au port de destination, à condition toutefois que cette représentation ne trouve pas une limitation dans la nature même des biens ou dans des circonstances spéciales »³⁹. La délivrance est un acte juridique, elle peut avoir lieu avant le déchargement, — opération matérielle qui incombe quelquefois au destinataire. Mais la mission du capitaine ne finit qu'avec le déchargement, jusque là il reste le gérant de la cargaison et il conserve à ce titre le pouvoir constitutif d'avarie commune⁴⁰.

209. — Une relation aussi étroite et aussi compréhensive entre le capitaine et les chargeurs devait se traduire d'une part par le droit de ces derniers au maintien du capitaine qui commandait le navire au moment où l'affrètement a été conclu, et d'autre part

34) Voy. supra, n° 187. On lit dans un auteur allemand que sans cette représentation les chargeurs ne confieraient pas leurs marchandises pour être transportées, H. BEIT, op. cit., p. 8.

35) Il peut notamment emprunter à la grosse sur la cargaison : Boreaux, 24 Août 1867, J. Marseille, 1867, 2, 163. — Mais il ne saurait emprunter sur un chargement qu'il n'a pas encore reçu, H. BEIT, op. cit., p. 13. V. aussi les art. 296 C. Com., 241 C. Com., remplacé par l'art. 42 C. Trav.

36) En Allemagne les art. 632-634 C. Com. le disent expressément, H. BEIT, op. cit. p. 12.

37) Interdiction de commerce, D. Rép., v° Dr. Marit., n° 921.

38) Douai, 7 Juillet 1927, Dor. Sup., 5, 370 ; Cass. Req., 24 Juillet 1929, Dor. Sup., 7, 396. — Le capitaine est tenu de faire toute diligence pour mettre à même le destinataire de prendre possession effective de la marchandise. Appel Mixte, 12 Décembre 1923, Bull. de légis. et de juris. égyptienne, t. 36, p. 78.

39) TH. WAHMANN. Die gesetzliche Vertretungsmacht des Schiffers in Seerecht, Diss. Heidelberg, 1911, p. 47. — C'est l'interprétation que la jurisprudence allemande a fait de l'art. 507 C. Com., qui détermine la durée des pouvoirs de représentation par l'expression trop large de « pendant le voyage ».

40) Trib. Com. Havre, 2 Décembre 1879, J. Havre, 1880, 1, 71. Comp. RIPERT, II, n° 1565.

par l'octroi au capitaine des prérogatives destinées à assurer la réalisation de son mandat.

En effet, l'étendue des obligations assumées par le capitaine apparaît à première vue comme une garantie sérieuse pour les chargeurs⁴¹. Cette façon de voir s'est perpétuée comme un écho des anciennes pratiques lorsque les chargeurs prenaient une part assez importante dans l'organisation de l'expédition.

La question s'est posée assez tôt de savoir si les chargeurs n'avaient pas le droit d'exiger le maintien du capitaine qu'ils ont connu au moment de l'affrètement. Ils prétendaient que l'armateur doit prendre sur lui toutes les conséquences du congédiement du capitaine connu par eux, car si la loi a établi un régime de faveur pour la responsabilité de l'armateur, ce n'est qu'en vertu de cette idée que les chargeurs doivent supporter une partie de la responsabilité découlant de l'activité du capitaine⁴². Le tribunal a repoussé cette prétention, mais assez timidement et sur le fondement de principes qui n'enlevèrent rien à la valeur des motifs invoqués. En effet, au lieu de montrer la véritable place du capitaine dans l'exécution du contrat de transport et d'écarter ainsi toute prétention des chargeurs à s'y immiscer, la jurisprudence invoque la disposition de l'art. 218 C. Com. qui accorde à l'armateur un droit absolu de congédier le capitaine. — D'autres décisions sont allées encore plus loin et ont proclamé que le capitaine forme un des éléments constitutifs du contrat de transport. « Attendu, lit-on dans un arrêt de la Cour d'Aix, que la considération de la personne du capitaine est presque toujours la *cause déterminante* des contrats de cette nature; qu'il importe avant tout de s'assurer de la capacité du capitaine, afin de ne point exposer légère-

41) « ... les chargeurs ont agréé le capitaine, son nom existant dans la charte-partie (art. 273 et 281 C. Com.). BOISTEL, n° 1253 ; comp. WAHL, n° 1071.

42) « ... Le navire étant engagé avec un capitaine désigné, le propriétaire ne peut pas plus priver l'affrèteur du service de ce capitaine qu'il ne pourrait le priver du navire lui-même. L'affrèteur, en traitant, a eu égard à la probité, à l'expérience du capitaine qu'on lui a présenté ; son consentement a pu être déterminé par la confiance inspirée par ce capitaine. Le contrat formé par le concours des deux volontés ne peut être altéré par la volonté unique, d'une partie, au mépris de l'opposition de l'autre. » Marseille, 12 Mai 1826, J. Marseille, 1826, 1, 135.

ment leurs marchandises, et qu'à cet égard leur détermination et leur choix ne peuvent dépendre que d'eux-mêmes;..... »⁴³. Le congédiement du capitaine par l'armateur équivaut ainsi à une rupture de l'affrètement donnant droit au chargeur de se considérer à son tour libéré de toute obligation. Bien plus, on reconnaissait au capitaine le droit de résilier la charte-partie conclue entre lui et les affréteurs même avant sa destitution. Et des attendus du tribunal, adoptés par la Cour, résulte une sorte de séparation entre l'armateur et les affréteurs à tel point que vis-à-vis du premier, ceux-là sont presque de véritables tiers. « Attendu, poursuit ce jugement, que s'il est vrai de dire que le capitaine lorsqu'il n'est point propriétaire du navire, agit toujours au nom et comme mandataire des armateurs, cette règle ne peut s'appliquer qu'aux rapports des armateurs avec le capitaine et non à ceux du capitaine avec les tiers-affréteurs ». Le tribunal ajoute qu'en définitive toute la matière est dominée par l'art. 238 C. Com. qui pose les bases de la responsabilité personnelle et principale du capitaine. En présence de cet article auquel vient s'ajouter la disposition de l'art. 273 — 4°, C. Com., qui mentionne parmi les stipulations d'une charte-partie le nom du capitaine, les autres règles du C. de Com. doivent trouver une limitation: « ...Le pouvoir exorbitant que la loi donne à l'armateur de congédier le capitaine sans indemnité, doit recevoir une limitation nécessaire ». C'était justement les articles invoqués dans la décision intérieure citée. La jurisprudence postérieure n'a pas eu de mal à les écarter pour adopter presque entièrement les motifs avancés par les chargeurs en 1826.

Cette jurisprudence fut critiquée par les auteurs, mais par des voies bien détournées qui illustrent le prestige des thèses combattues. L'armateur doit toujours avoir le droit de remplacer le capitaine comme étant le mieux placé pour connaître la situation; il agit dans l'occurrence comme « mandataire légal et forcé

43) Aix, 26 Juin 1840, J. Marseille, 1840, 1, 211.

des intéressés »⁴⁴. Pour sortir donc le capitaine du débat il a fallu découvrir à l'armateur une qualité qui, si elle n'est pas incompatible avec la position de transporteur, n'en est pas moins étrangère à l'organisation de l'entreprise. Ainsi si on écarte cette construction et le secours de l'art. 218 C. Com., le capitaine reste véritablement un mandataire dont la mission couvre toute l'exécution du mandat de transport.

210. — Etant tenu personnellement vis-à-vis des chargeurs de l'exécution du transport comme « garant... et co-obligé de l'armateur »⁴⁵, le capitaine doit avoir tous les pouvoirs pour faire face à ses obligations⁴⁶. Aussi l'art. 233 C. de Com. l'autorise, sous certaines conditions, à emprunter à la grosse sur la part des propriétaires se refusant à contribuer aux frais de l'expédition. Et s'il néglige d'utiliser ce moyen destiné à assurer le bon conditionnement du navire, il engage gravement sa responsabilité⁴⁷.

Lors de l'institution de l'hypothèque maritime (Loi du 10 décembre 1874, et du 10 juillet 1885) l'emprunt à la grosse fut remplacé par le droit d'emprunter hypothécairement⁴⁸. Pendant le voyage le capitaine ne peut recourir à un pareil emprunt qu'en vertu d'un mandat spécial⁴⁹; par contre, avant le départ du navire, la simple autorisation du juge est suffisante, parce que le capitaine agit en sa qualité de représentant des chargeurs⁵⁰.

Le capitaine peut-il exercer ce pouvoir lorsque la majorité elle-même des propriétaires ou l'armateur unique se refusent à réaliser le transport? — Une grande partie des auteurs n'hésite pas à proclamer le droit absolu du capitaine de pourvoir même

44) ELOY et GUERRAND, *op. cit.*, III, p. 72 et 73. — Nous avons vu déjà comment l'armateur devenait le mandataire du capitaine : *supra*, n° 197.

45) Locré, *Esprit*, II, sur l'art. 233.

46) En réalité, le capitaine est un tiers pour les chargeurs qui ne peuvent dès lors le poursuivre que sur le fondement de l'art. 1382. C. Civ., Cf. SMEESTERS, I, n° 217 et 218.

47) BEDARRIDE, n° 440 ; ELOY et GUERRAND, III, p. 308 ; H. RENELE, *Les devoirs et les obligations du capitaine de navire*, Thèse, Poitiers, 1901, p. 154. Comp. DE VALROGER, I, n° 360 et 422.

48) « S'il y a déjà hypothèque, il peut saisir cette part » : WAHL, n° 988 et 1137.

49) C'est le droit commun. cf. RIPERT, II, n° 1057, p. 45. — Par contre, d'après M. WAHL (1989) le capitaine peut recourir à ce moyen de crédit dans les conditions de l'art. 234 C. Com.

50) DE VALROGER, n° 418.

dans ce cas à la protection des intérêts des affréteurs⁵¹, et cela parce que le capitaine une fois l'affrètement conclu, est responsable de son exécution comme mandataire⁵² de tous les intéressés, ou comme garant ou co-obligé de l'armateur. Il « trouverait encore dans la responsabilité dont il est tenu envers l'affréteur une cause suffisante pour procéder conformément à notre article »⁵³.

Par contre, d'autres auteurs distinguent suivant que la rupture est décidée par l'unanimité ou par la majorité des propriétaires, pour refuser au capitaine la prérogative de l'art 233 C. Com. seulement quand l'opposition de participer à l'expédition a rallié l'unanimité. Pour Desjardins, tandis que la majorité reste impuissante à retirer son consentement, — la décision prise constituant un droit acquis⁵⁴ pour les autres quirataires, — l'unanimité ou l'armateur unique, au contraire, est libre de s'opposer à l'exécution de l'affrètement. Pourtant, même dans ce cas, ces auteurs ne donnent pas une portée absolue à leur distinction, car ils restreignent le droit de l'unanimité à revenir sur la décision, lorsque le chargement a été déjà effectué⁵⁵. Dans ce cas, on laisse entrevoir le rôle du capitaine qui, par la prise en charge de la cargaison, est définitivement lié envers les chargeurs, son obligation étant par là opposable même aux armateurs, ses commettants.

Malgré les longs développements que les auteurs consacrent à cette prérogative, les tribunaux n'ont pas été, à notre connaissance, sollicités d'en régler l'exercice. On peut, cependant, mentionner un arrêt qui, s'il n'a pas porté directement sur l'art. 233, n'en exprime pas moins l'esprit. Il a été ainsi décidé que le capitaine peut payer les dépenses de relâche et emprunter à la grosse

51) Contra, BOISTEL, n° 1199 ; WAHL, n° 988 ; LACOUR, n° 184.

52) Tout en reconnaissant au capitaine la qualité de mandataire des chargeurs, DESJARDINS (II, n° 440) soutient qu'elle est étrangère à l'art. 233 C. Com., « le capitaine ne devenant le mandataire des chargeurs que lorsque les marchandises lui ont été remises. Comp. supra, n° 207.

53) BRAVARD-VEYRIERES et DEMANGEAT, 1875, IV, p. 186 ; « La responsabilité (du capitaine) naîtrait... de la négligence qu'il mettrait à exécuter l'art. 233 ». BEDARRIDE, II, n° 440. adde. D. Rep. v° Dr. Marit., n° 370 ; LOCRE, Esprit, sur l'art. 233 ; PARDESSUS, III, n° 630.

pour parachever le voyage, malgré l'opposition de l'armateur⁵⁶. Et cette décision est approuvée même par les auteurs qui réfutent la thèse faisant de l'art. 233 C. Com. une manifestation du mandat que le capitaine assume envers les chargeurs⁵⁷.

La prerogative inscrite dans l'article 233 C. Com. a occupé trop longtemps notre attention pour l'intérêt qu'elle présente. Mais en suivant les auteurs dans cette voie, nous avons pu envisager l'aspect le plus caractéristique d'une thèse qui fait du capitaine l'égal de l'armateur.

2. — *La représentation des chargeurs par le capitaine*

211. — Sans aller jusqu'à assimiler le capitaine au voiturier, un autre système considère le capitaine comme investi par la loi d'un pouvoir de représenter les chargeurs toutes les fois que la conservation et le transport de leurs marchandises l'exigent.

Bien que le Code de Commerce ne mentionne nulle part d'une façon expresse un pareil mandat, néanmoins il y a certaines dispositions comme les articles 222, 229, 238, 295, 296, 391 et 435-3°, qui « ne laissent aucun doute sur la réalité et la portée générale de la règle »⁵⁸.

Tout en critiquant cette généralisation comme contraire à la nature du contrat de transport, une partie de la doctrine reconnaît que les différentes dispositions du Code contiennent le principe d'un mandat limité aux attributions prévues par le texte⁵⁹. Le capitaine est sans doute un mandataire des chargeurs, mais seulement pour ce qui concerne le transport ; les mesures de conservation qu'il

54) DESJARDINS, loc. cit. Cette notion de « droit acquis à l'exécution du contrat » qui avait été annoncée par DEMANGEAT (op. cit., p. 186 et 173), est critiquée par DE VALROGER (I, n° 422, p. 461) comme contraire aux principes régissant la société des co-propriétaires.

55) DESJARDINS, loc. cit.

56) Rouen, 18 Mai 1874, *Clunet*, II (1875), p. 433, sommaire.

57) DESJARDINS, II, n° 510, p. 504.

58) CRESP et LAURIN, I, p. 568.

59) Par exemple, l'obligation de louer un autre navire dans le cas prévu par l'art. 296 C. Com. VERMOND, n° 130. Comp. WAHL, n° 115, p. 69 pour la représentation en justice des chargeurs.

prend ne sont régies par ce statut qu'en tant qu'elles ont été strictement nécessaires à la réalisation du transport⁶⁰.

Entre ces deux écoles, il n'y a cependant qu'une différence de profondeur, la réalité du mandat étant enseignée par l'une comme par l'autre. Et c'est cette réalité qui intéresse au plus haut degré, car une fois le principe admis, les barrières sont franchies avec aisance.

Aussi ce chapitre sera consacré aux différentes manifestations du mandat.

212. — C'est surtout l'article 296 C. de Com. qui a servi à la doctrine et à la jurisprudence pour affirmer la représentation des chargeurs par le capitaine. Le deuxième paragraphe de cet article met à la charge du capitaine l'obligation de louer un autre navire lorsque le premier ne peut pas être réparé. Et depuis Emerigon on ne cesse d'enseigner que ce louage est fait pour le compte des chargeurs, c'est-à-dire que le capitaine agit comme leur mandataire⁶¹.

L'affrètement étant un louage de chose, l'inavigabilité du navire met fin à l'obligation du frêteur. Pour ne pas périlcliter, les intérêts des chargeurs lorsque les marchandises ne peuvent plus être conduites à destination à cause de prise, naufrage⁶², échouement ou autre fortune de mer ayant immobilisé le premier navire, la loi a fait un devoir au capitaine d'en louer un autre. A leur tour, les chargeurs seront tenus de supporter les dépenses engagées par le capitaine dans l'exécution de son mandat. Et si le fret du deuxième navire est plus cher que le fret primitivement stipulé, la différence sera à la charge des affréteurs.

Mais il pouvait arriver que le deuxième fret soit moins élevé

60) A. LAURIN, Un mot encore sur la question de savoir si le capitaine est le mandataire des chargeurs, *Ann. Dr. Com.*, I, p. 5-13.

61) ALAUZET, V, n° 1896 ; BEDARRIDE, II, n° 772 ; BOISTEL, n° 1260 ; BOULAY PATY, II, p. 131 ; CRESP et LAURIN, II, p. 112 ; DAGEVILLE, II, p. 414 ; DELVINCOURT, II, p. 290 ; DESJARDINS, III, n° 795 ; PARDESSUS, II, n° 715 ; Rouben Couder, *v° Fret*, n° 1231. — V. p. le droit comparé, PROCOS, *op. cit.*, p. 48, s.

62) Malgré le doute qui résulte des articles 302 et 303 C. de Com. on admet en général que même en cas de naufrage le capitaine est obligé de louer un autre navire. Cf. DESJARDINS, *loc. cit.*, p. 522 ; DE VALROGER, II, n° 827, p. 335. — Contra, Bordeaux, 20 Avril 1880, J. Marseille, 1880, 2, 204.

que le premier. Dans ce cas, la différence doit profiter aux chargeurs, le capitaine ayant agi pour leur compte⁶³. Cependant, ce n'est pas ce qui a triomphé en doctrine⁶⁴ et en jurisprudence. En partant d'une distinction entre le voyage de la marchandise et le voyage du navire, un arrêt de la Cour d'Aix⁶⁵ repousse la prétention des chargeurs pour ce motif que la différence en moins entre les deux frets doit être considérée comme une double prime, soit pour les dangers courus par le capitaine dans la fortune de mer en vue de sauver la marchandise, soit pour l'encourager à achever le voyage de la marchandise⁶⁶. D'ailleurs, le capitaine ne devient le mandataire du chargeur qu'accidentellement et lorsque ses obligations de voiturier prennent fin. Or, tant que le transport est exécuté dans les termes du contrat, le capitaine ne perd pas le droit de se réclamer du statut des voituriers, et d'obtenir ainsi le fret stipulé⁶⁷.

La facilité avec laquelle le capitaine change de camp⁶⁸, suivant qu'il s'agit de faire acquérir le fret entier à l'armateur ou de mettre le supplément de fret à la charge de l'affrèteur, laisse beaucoup de doute sur le bien-fondé de cette représentation. Aussi, pour échapper aux reproches d'inconséquence, on propose de reformer le mode de calcul du fret de distance, ce fret devant correspondre à l'avantage procuré aux chargeurs et non à une contribution de ce dernier à la perte du navire. De cette façon, le problème du second fret plus avantageux que le premier ne se pose plus, le chargeur étant tenu de supporter uniquement le fret primitif. Enfin, lorsque le second fret est plus élevé que le premier, les chargeurs ne suppor-

63) ALAUZET, loc. cit. ; DESJARDINS, loc. cit. : DE VALROGER, II, n° 830 ; VIVANTE, Traité théorique et pratique des Assurances maritimes, trad. Yseux, Paris, 1898, n° 350.

64) CAUVET, Ass., I, p. 438 ; D. Rep., v° Dr. Marit., n° 580 ; BEDARRIDE, II, n° 773.

65) Aix, 11 Août 1859, reformant Marseille, 8 Juillet 1859, S. 59, 2, 577 ; D. 60, 2, 15, obs.

66) Dans le même sens, Nantes, 6 Juillet 1866, J. Nantes, 1866, 1, 286 ; Jugement arbitral, Marseille, 3 Février 1866, J. Marseille, 1866, 2, 3. Contra : Marseille, 19 Juillet 1858, J. Marseille, 1858, 1, 328.

67) La différence de fret ne pourra se compenser avec les frais de transbordement qui seront ainsi supportés en entier par les chargeurs. Jugement arbitral Marseille, 3 Février 1866, précité.

68) Comp. DE VALROGER, II, n° 830 ; RIPERT, II, n° 1641.

teront que le second⁶⁹.

L'existence de puissantes compagnies de navigation facilite la tâche du capitaine et lui permet d'envoyer les marchandises sur un navire appartenant au même armateur. Les droits de ces derniers restent néanmoins les mêmes que si le navire appartenait à un autre armateur, du moment que le transbordement de la marchandise a été rendu nécessaire par l'état d'inavigabilité du premier navire. Et en présence d'une clause rendant le fret acquis à tout événement, les chargeurs sont tenus de payer une deuxième fois le fret si le transbordement a eu lieu au port même de départ où le navire a été forcé de retourner à la suite d'une fortune de mer⁷⁰.

Quelles sont les limites de la responsabilité du capitaine pour l'accomplissement du devoir imposé par l'article 296 C. de Com ?

D'abord, ce n'est pas seulement en cas d'inavigabilité qu'il doit expédier la marchandise par un autre navire, mais aussi lorsque la prolongation du voyage au delà d'un délai raisonnable, bien qu'autorisé par une clause du connaissement, pourrait détériorer la marchandise⁷¹.

Le capitaine qui néglige de chercher un autre navire engage gravement sa responsabilité⁷². Mais une fois qu'il a fait les diligences nécessaires pour réexpédier la cargaison⁷³, il n'est pas tenu de l'accompagner sur le navire loué⁷⁴. Enfin, le capitaine est dégagé de toute responsabilité lorsque l'obligation de louer un autre navire devient trop difficile, comme dans le cas où il serait tenu de parcourir une distance démesurément grande pour se procurer ce

69) RIPERT, II, n° 1636-1641.

70) Rouen, 18 Décembre, 1930, *Dor Sup.*, 1931, 66, confirmant Trib. Havre 3 Juin 1929, *Dor Sup.*, 7, 324.

71) Marseille, 21 Mars 1927, *Dor Sup.*, 5, 239.

72) Le Havre, 15 Juillet 1845, J. Nantes, 1845, 1, 162.

73) Notamment « il doit exiger un connaissement conforme à la loi avec désignation du destinataire, et en tout cas lui transmettre immédiatement le connaissement au destinataire pour qu'il en soit porteur et que la marchandise puisse lui être livrée. Si la livraison a été empêchée par sa négligence, il en est responsable. » Appel Mixte Egypte, 11 Mai 1904, *Palagi*, p. 69.

74) Le Havre, 4 Août 1858, J. Havre, 1857, 1, 172.

navire⁷⁵, ou lorsque le prix demandé serait excessif⁷⁶.

213. — L'obligation de louer un autre navire n'est en somme qu'un aspect des devoirs que le capitaine contracte envers les chargeurs. Il est tenu de soigner leurs intérêts toutes les fois que les circonstances le réclament. Son intervention est d'autant plus indispensable que la nécessité est pressante.

Ainsi l'obligation de procéder au sauvetage des marchandises⁷⁷ a été de tous les temps considérée comme incombant particulièrement au capitaine. La Cour de Cassation l'a proclamé de bonne heure : « le premier soin du capitaine — qui en cela représente les assurés — étant de faire travailler au sauvetage des effets naufragés, suivant l'article 381 C. de Com. »⁷⁸.

Pour réaliser le sauvetage, le capitaine est obligé de recourir souvent à des spécialistes. Vis-à-vis de ceux-ci, il agit comme le « représentant de tous les intéressés à l'expédition, c'est-à-dire aussi bien les chargeurs que les armateurs »⁷⁹. A la fin des opérations, il est tenu de subir l'indemnité de sauvetage ou d'assistance en raison de l'existence et de la valeur de son chargement⁸⁰. Mais il ne saurait être poursuivi personnellement. Notamment s'il a passé une convention, aux termes de laquelle les sauveteurs ne seront rémunérés que proportionnellement à la valeur des objets sauvés (clause « *no cure no paye* ») et si ces derniers n'ont récupéré que la marchandise, ni l'armateur ni le capitaine ne pourront être tenu personnellement — les effets de la convention se réalisant directement sur les chargeurs⁸¹.

Autrefois, lorsque la piraterie était pratiquée sur une grande échelle les expéditions étaient souvent capturées. Le capitaine qui négociait le rachat du navire, agissait pour le compte des proprie-

75) Marseille, 9 Novembre 1854, J. Marseille, 1854, 1, 297.

76) Dans ce cas, il peut vendre des marchandises. cf. DE VALROGER, II, n° 827.

77) Et surtout des marchandises précieuses, Marseille, 18 Août 1829, J. Marseille, 1830, 1, 19.

78) Cass. Civ., 1^{er} Septembre 1813, S. 1813, 1, 450 (« Calvados ») ; adde, Anvers, 27 Juin 1884, J. Anvers, 1884, 1, 313.

79) Trib. Commercial Havre, 9 Février 1909 (« Canarios »), Autran, XXVI, 488.

80) Anvers, 3 Mai 1912, J. Droit Maritime Belge, 1913, 55.

81) Trib. Com. Havre, 9 Février 1909, précité.

taires du navire et de la marchandise⁸².

214. — Le sauvetage, le rachat sont des mesures qui, par leur caractère urgent, sont plus utilement prises par le capitaine que par toute autre personne. Il y va d'ailleurs de l'existence même de l'expédition. Aussi on comprend que le capitaine soit obligé de ne rien négliger pour accomplir sa mission.

Mais il doit la même diligence pour les simples soins à donner aux marchandises. Ainsi les réparations faites aux futailles défectueuses ⁸³, le renforcement des emballages insuffisants, rentrent dans ses attributions normales de mandataire des chargeurs.

Ces soins ne doivent pas s'entendre seulement pour les opérations matérielles, ils comprennent aussi les actes juridiques. Ainsi pour couvrir les risques d'un transbordement, le capitaine peut recourir à une assurance. Les assureurs ne sauraient demander l'annulation de ce contrat comme étant conclu par une personne sans pouvoir, ce pouvoir résultant suffisamment de ce que le capitaine est directement intéressé à garantir sa propre responsabilité⁸⁴.

Il arrive souvent que le capitaine ne puisse se mettre en relation avec les porteurs des connaissements. En l'absence de tout réclamateur et alors qu'un *lock-out* aurait pu entraîner la détérioration des marchandises, l'assurance de la cargaison constitue « un acte de prudence » rentrant dans les attributions du capitaine comme mandataire des chargeurs. Ceux-ci ne peuvent donc se refuser à faire face à l'engagement du capitaine en invoquant qu'ils ont délivré le transporteur de toute responsabilité par une clause du connaissement, car cette clause ne regardait que le transporteur, tandis que « le capitaine restait responsable des marchandises débarquées jusqu'à leur livraison effective⁸⁵ ».

82) BOULAY-PATY, II, p. 274.

83) Marseille, 3 Mai 1843, J. Marseille, 1843, I, 295.

84) Rouen, 25 Avril 1830, cité par CAUVET, Ass., I, n° 33 ; DESJARDINS, VI, n° 1335. Com. VIVANTE, op. cit., n° 85.

85) Cass. Req., 24 Juillet 1929, Dor. Sup., 7, 396 (« Hegersgate »), sur Appel, Douai, 7 Juillet 1927, Dor. sup., 5, 370. — Une courte note sous cet arrêt précise que dans l'espèce on a fait l'application des principes de la gestion d'affaire (art. 1375 C.

Dans les deux affaires que nous venons de citer la jurisprudence a fait appel pour consolider la position du capitaine vis-à-vis des chargeurs, à la responsabilité personnelle qui pèse sur lui pour la conservation des marchandises. Un jugement assez ancien a statué sur une demande portant directement sur la responsabilité du capitaine pour avoir manqué à son devoir de préserver les marchandises par une assurance. Et à cette occasion, il a été décidé que le capitaine n'est tenu par sa fonction qu'à des « soins matériels » et que partant il ne saurait encourir aucune responsabilité si la marchandise déchargée afin de faire des réparations au navire, après une relâche forcée, a été détruite par un incendie⁸⁶. On voit par là comment la responsabilité personnelle du capitaine a été complètement écartée du débat lorsqu'elle a été véritablement mise en cause.

215. — L'initiative du capitaine ne s'arrête pas aux actes qui se rattachent directement à la sécurité de la cargaison, elle doit se manifester toutes les fois que les chargeurs ont un droit à sauvegarder. Le Code de Commerce en donne un exemple dans l'article 435 qui déclare non recevable *toute action* pour avarie si le capitaine livre la marchandise sans protestation. Ainsi les chargeurs ne pourront exercer un recours entre eux, soit à raison d'un dommage causé par le vice d'une des marchandises, soit à raison d'une avarie commune, si le capitaine n'a pas sauvegardé leur recours par des protestations réglementaires⁸⁷. « C'est la conséquence du principe qu'il est le mandataire de chacun d'eux ; tout ce qu'il fait, ils sont censés le faire par son organe »⁸⁸.

A l'arrivée du navire, le capitaine doit faire constater les avaries communes⁸⁹ et procéder à la répartition de la perte et dommage souffert pendant la navigation. Cette obligation lui est person-

Civ.). C'est une erreur, la jurisprudence a considéré le capitaine représentant des destinataires. Cf. RIPERT, III, addition n° 816, p. 892.

86) Le Havre, 17 Août 1859, J. Marseille, 1859, 2, 172.

87) BOISTEL, n° 1449 ; DE VALROGER, V, n° 2342.

88) PARDESSUS, II, n° 749.

89) Le capitaine est responsable de ce que les chargeurs, à défaut de ces constatations, ont été privés d'une réduction sur les marchandises avariées. Marseille, 13 Février 1856, J. Marseille, 1856, 1, 67.

nelle « parce qu'en cours de voyage, il représente tous les intéressés : l'équipage, le navire, les marchandises »⁹⁰. Aussi le capitaine engagerait gravement sa responsabilité s'il livrait la marchandise sans exiger le paiement de la contribution pour avarie commune. Mais il n'est pas responsable de l'insolvabilité de quelques-uns des chargeurs, sauf une négligence omise en délivrant la marchandise à un destinataire notoirement insolvable, ou en ne prenant pas une garantie suffisante⁹¹.

Le Code de Commerce ne permet pas au capitaine de retenir les marchandises, mais il lui donne en échange un privilège (article 428). Le capitaine est tenu d'y comprendre non seulement ce qui lui est dû personnellement, « mais encore la part afférente soit au navire, soit à la cargaison elle-même. Représentant l'armateur et le chargeur, il doit comme tel veiller aux intérêts des uns et des autres. »⁹²

— Les attributions que le capitaine exerce pour liquider l'expédition sont, sans doute, les plus caractéristiques de toute sa mission de mandataire des chargeurs. Voyons maintenant s'il n'est pas investi d'autres attributions destinées à sauvegarder les droits de ses mandants.

Pour conserver le droit à la prime d'exportation, les tribunaux ont considéré que la remise de pièces suffisantes avec la marchandise « impose au capitaine en faveur du chargeur, le mandat spécial de remplir les formalités exigées par la loi, pour que ce dernier puisse recevoir la prime. »⁹³. Le capitaine est responsable de toute négligence entraînant pour les chargeurs une perte, parce qu'en l'absence des parties, il est de plein droit préposé à la protection des intéressés. « Dès que le capitaine s'est éloigné du lieu

90) Aix, 22 Décembre 1858, sous Cass. Req., 14 Novembre 1859 (« Normandie »), S. 1860, 1, 367. — Il est directement tenu de procéder aux constatations prévues par l'art. 414 C. Com.

91) DE VALROGER, n° 2249 ; BEDARRIDE, n° 1921 ; Haute Cour de Justice, 2 Août 1897, Autran, XIII, 387. — En Allemagne l'art. 733 du C. de Com. prévoit la responsabilité personnelle du capitaine pour délivrance des marchandises grevées de contributions, avant que celle-ci soit acquittée ou garantie.

92) BEDARRIDE, n° 1917.

93) Bordeaux, 2 Juin 1828, S. 29, 2, 267.

de la résidence du chargeur, c'est sur lui que pèse l'obligation de se conformer aux lois sur les douanes. »⁹⁴ Il doit prendre toute mesure pour éviter une contravention douanière ou une saisie des marchandises dans un port autre que celui de destination, et cela sans pouvoir exciper de ce que le chargeur aurait connu par la voie de la presse à quel port devrait toucher le navire⁹⁵.

Lorsque le transport est effectué par plusieurs transporteurs, le capitaine qui reçoit la marchandise d'un transporteur précédent doit faire le nécessaire pour sauvegarder les droits du destinataire, et plus précisément « présenter immédiatement au transporteur terrestre toute réclamation pour manquant, perte ou avarie existant avant qu'il ait appréhendé la marchandise. »⁹⁶.

— En général, on évite de faire du capitaine un arbitre entre les différents ayants-droit à la cargaison⁹⁷. Il reste surtout étranger au conflit entre l'expéditeur et le destinataire alors même que ce dernier est un acheteur et que le capitaine est chargé de recevoir sa marchandise pour être transportée. A défaut d'un mandat spécial pour vérifier l'état de celle-ci, le capitaine n'est pas responsable même si les vendeurs lui ont délivré une marchandise avariée⁹⁸, car dans l'occurrence, c'est plutôt ces derniers qui peuvent être considérés comme les mandataires ou les représentants des affréteurs-acheteurs⁹⁹. A leur tour, ni les destinataires ni les chargeurs ne peuvent prétendre qu'ils ont été représentés par le capitaine soit à l'acceptation de la marchandise lors de l'embarquement¹⁰⁰, soit aux différentes expertises et constatations provo-

94) Même décision. Cf. BOULAY-PATY, p. 130.

95) Aix, 22, Novembre 1867, J. Marseille, 1868, 1, 144.

96) Trib. com. Havre, 1^{er} Mars 1932, Dor. Sup., 32, 170.

97) Lorsque ce conflit s'élève entre les réclamateurs, le capitaine doit faire nommer un consignataire de la cargaison. cf. RIIERT, II, n° 1596. — Il doit procéder de même lorsque le nom du consignataire ne correspond pas exactement à celui mentionné dans le connaissement. Marseille, 31 Mars 1932, J. Marseille, 1932, 1, 204.

98) Trib. Sup. Hanséatique, 9 Janv. 1911, Autran, XXVII, 98. — Le destinataire ne saurait non plus reprocher au capitaine de ne pas avoir procédé au pesage de la marchandise lors du débarquement d'office, afin de conserver ce droit contre l'expéditeur. Anvers, 21 Mars 1913, Le Droit maritime belge, 1913, 675.

99) Saint-Malo, 28 Mars 1900, J. Havre, 1900, 2, 162. — Contra, Cass. Req., 10 Novembre 1906, D. 1907, 1, 89, note GOVARE ; Autran, XXII, 433.

100) Le capitaine « n'a pas qualité pour reconnaître et agréer pour compte de l'acheteur les marchandises chargées à son bord ». Douai, 25 Janvier 1843, J. Douai, 1843, 3 ; S. 43, 2, 152.

quées à l'arrivée du navire¹⁰¹. Les relations entre eux étant « *res inter alios acta* » pour le capitaine, leur recours ne saurait être compromis par l'intervention du premier. Cette neutralité cependant cesse lorsqu'il s'agit de relations entre les chargeurs et les assureurs. Ceux-ci peuvent se désolidariser de négligences commises par le capitaine, et refuser de payer le montant de l'assurance, ce dernier étant pour eux un « tiers contre lequel... le chargeur... seul avait le droit d'agir. »¹⁰²

216. — Un autre devoir qui incombe au capitaine en vertu de sa mission de mandataire légal des chargeurs, c'est de sauvegarder leurs droits lorsque les marchandises ont été endommagées par un abordage. (Anciens articles 435 et 436 C. de Com.). Faute de réclamation dans les 24 heures de l'arrivée du navire dans un lieu où le capitaine a pu agir, et de demande en justice dans le mois, les chargeurs perdaient le droit de poursuivre les abordeurs. Avant la loi du 24 mars 1891, qui a supprimé les réclamations et a fixé pour l'action en justice un délai d'un an (porté à deux ans par la loi du 15 juillet 1915) à compter du jour de l'accident, la jurisprudence n'a pas varié sur ce point¹⁰³. Les chargeurs étaient ainsi réduits à un simple recours contre le capitaine.

Les dispositions des articles 435 et 436 C. Com. prouvent que la loi « a confié au capitaine le droit de protester, comme étant le mieux à même de connaître les circonstances particulières de l'abordage... que pendant la navigation jusqu'à la livraison de la marchandise, le capitaine, mandataire légal, est responsable de ses faits et gestes... »¹⁰⁴ Ces formules ont été reprises avec plus de vigueur par la Cour de Cassation qui, statuant dans la même affai-

101) Rouen, 18 Décembre 1875, J. Rouen, 1876, 233.

102) Seine, 11 Mars 1922, Autran, 1922, 654. En l'espèce l'absence de constatation des avaries subies à deux reprises différentes par un abordage et par un torpillage a empêché de faire une répartition entre les risques de guerre et les risques de mer. Comp. BOULAY-PATY, p. 131.

103) Trib. Com. Anvers, 21 Août 1857, J. Marseille, 1858, 2, 127 ; Marseille, 8 Mai 1861, J. Marseille, 1861, 1, 213 ; Aix, 22 Janvier 1862, J. Marseille, 1862, 1, 17. — On pourrait citer en sens contraire un arrêt de la Cour de Paris du 15 Février 1861, mais dans l'espèce on a confondu la recevabilité de l'action du chargeur contre le capitaine (art. 435-1^o, C. Com.) avec la recevabilité de l'action en indemnité contre l'abordeur : J. Marseille, 1861, 2, 63. — Comp. DE VALROGER, V, n^o 2349.

104) Aix, 27 Février 1870 (« San-Spiridon »), S. 73, 2, 165.

re, décida « que si le capitaine n'est pas le mandataire conventionnel du chargeur, il est son représentant légal pendant le voyage pour introduire contre les tiers les actions en réparation du dommage causé à la cargaison par abordage. »¹⁰⁵ Et l'accomplissement de ces formalités est tellement lié à la fonction de capitaine que lorsque le chargeur prend l'initiative d'agir lui-même¹⁰⁶, c'est en se substituant en quelque sorte au premier, et non en exerçant un droit distinct et parallèle¹⁰⁷.

Si la jurisprudence n'a pas varié sur les conséquences de la négligence du capitaine pour les chargeurs, elle a été aussi ferme lorsqu'il s'agissait de leur faire profiter de l'assignation en justice faite par le capitaine du navire abordé au capitaine du navire abordeur. Surtout après la loi du 24 mars 1891, les abordeurs ont essayé de débouter les chargeurs sur ce motif que l'assignation ne concerne que l'armateur du navire endommagé. Mais les tribunaux ont repoussé cette prétention en proclamant que l'assignation « a bien compris dans ses termes une demande en justice pour tous ceux dont le capitaine est le mandataire légal, c'est-à-dire pour les chargeurs et la cargaison aussi bien que pour les armateurs. »¹⁰⁸ D'autre part, les armateurs des navires abordeurs ont tenté de débouter les chargeurs en invoquant le brocard que « Nul en France ne plaide par procureur. » La Cour de Paris a décidé que cette règle est « étrangère à la cause », en matière d'abordage, les capitaines et les propriétaires n'étant que « la personnification des navires et leur représentant nécessaire devant la justice ; d'où suit que l'exercice des actions en réparation du dommage, soit en demandant soit en défendant, appartiennent dans son ensemble »

105) Civ. rej., 4 Août 1875, S. 76, 1, 56 ; les mêmes termes se retrouvent dans Civ. Cass., 6 Mai 1891, *Autran*, 1897, ; D. 91, 1, 468.

106) Les réclamations des articles 435 et 436 peuvent être faites par toute personne ayant un intérêt dans le chargement, et entre autres par l'armateur. Rennes, 3 août 1832, J. Marseille, 1832, 2, 67 ; Paris, 18 Décembre 1894, *Autran*, X, 743 ; *AUTRAN*, Code International d'abordage maritime, n° 24.

107) Montpellier, 31 Mars 1873, S. 1873, 2, 165 ; Civ. Rej., 18 Août 1875, S. 1875, 1, 5, note LABBE.

108) Trib. Commercial Havre, 29 Septembre 1897, *Autran*, XIII, 327. Rouen, 15 Juillet 1897, *Autran*, XIV, 334. Ce droit d'agir en justice est consacré par la loi belge du 12 Août 1891 ; les lois maritimes scandinaves art. 54 ; C. com. allemand, art. 535.

dits capitaines et propriétaires, réputés mandataires légaux des parties intéressées. »¹⁰⁹ Ce langage évoque très exactement la situation de l'entreprise maritime : une fois que les marchandises rentrent dans cette entreprise, elles se confondent avec celle-ci à tel point que vis-à-vis des tiers le capitaine et l'armateur en ont la disposition absolue.

Reste à savoir quelle est l'étendue de l'obligation du capitaine résultant des articles 435 et 436 C. de Com. Il remplit suffisamment son devoir en conservant aux propriétaires leurs droit pour intenter l'action en paiement de l'indemnité due à la cargaison par le navire abordeur, il n'est pas tenu de poursuivre lui-même cette action¹¹⁰. Depuis les lois augmentant le délai de recevabilité de l'action en indemnité, il n'est tenu d'exercer cette action que « dans le cas où cela avait été indispensable pour éviter au destinataire d'encourir une déchéance »¹¹¹, ce qui d'ailleurs est moins à craindre étant donné le long délai imparti pour la recevabilité de ces actions.

Le nombre relativement restreint des décisions prononçant la déchéance prévue par les anciens articles 435 et 436 C. de Com., est un signe que les capitaines n'ont pas souvent défailli à leurs devoirs. Néanmoins, le monde des affaires s'est alarmé de la gravité de la déchéance, et les critiques sévères se sont élevées contre la thèse qui fait du capitaine un mandataire forcé des chargeurs. La jurisprudence a répondu à ce reproche en utilisant la vieille responsabilité personnelle du capitaine. Elle proclame à cet effet « que les intérêts du chargeur ne sont pas sacrifiés, que pendant la navigation et jusqu'à la délivrance de la marchandise, le capitaine, mandataire légal, est responsable de ses faits et gestes, et que si, par une négligence ou par sa faute, il a compromis les droits ou intérêts du chargeur, il sera responsable et celui-ci pourra de-

109) Paris, 18 Décembre 1894, *Autran*, X, 743. Adde. Anvers, 8 Décembre 1876. *J. Anvers*, 1877, 1, 97. — V. J. PERCEROU, *De la règle que nul en France ne plaide par procureur* (Essai sur son fondement rationnel et sa portée pratique) *Rev. Bourguignon-ne de l'enseignement*, t. VIII, 1898, p. 21.

110) Marseille, 24 Septembre 1867 ; Aix, 9 Mars 1868 ; *J. Marseille*, 1867, 1, 330 ; 1889, 1, 5 ; Anvers, 21 Août, *J. Anvers*, 1857, 1, 314.

111) Trib. Com. Havre, 1^{er} Mars 1932, *Dor. Sup.*, 32, 170.

mander la réparation du préjudice. »¹¹² Ce langage a été critiqué avec beaucoup de force par M. De Courcy, comme partant d'un esprit trop formaliste qui aboutit d'ailleurs à étendre un texte écrit pour des abordages produits à l'intérieur des ports — seuls pratiquement visés par le législateur de 1681 — à des abordages, pleine mer, extrêmement rares à l'époque de l'Ordonnance. Le législateur n'a pas pu charger le capitaine de sauvegarder les droits des affréteurs dans un cas qu'il n'a pas envisagé. Aussi la responsabilité du capitaine comme mandataire des chargeurs n'est qu'une « vaine fiction qui trouble l'entendement »¹¹³.

Le droit du capitaine d'agir en justice, pour exorbitant qu'il soit, ne paraît pas cependant se limiter à ce cas spécial d'abordage, et le capitaine serait autorisé à ester en justice pour échapper à une saisie de la marchandise litigieuse¹¹⁴ ou pour obtenir une mainlevée en cas de prise¹¹⁵.

217. — a) Pour accomplir sa mission, si lourde de responsabilité, le capitaine est investi de pouvoirs très étendus, qui vont jusqu'au sacrifice des biens confiés. (Art. 410 et 400 C. de Com.). En effet, les conditions spéciales du transport maritime font que la conservation de ces biens ne peut souvent être assurée que par des sacrifices importants. Le capitaine est plus qu'autorisé, il est même obligé de ne rien négliger pour sauver les biens de ses mandants¹¹⁶. En confiant leurs marchandises au capitaine, les chargeurs sont présumés par là même l'avoir autorisé à agir « suivant les circonstances pour le salut commun, à la charge de l'indemniser. »¹¹⁷. La mise en oeuvre de ce principe s'est cristallisé dans la

112) Montpellier, 31 Mars 1873, précité.

113) DE COURCY, *op. cit.*, I, p. 222. Dans le même sens, LABBE, note, S. 1879, 1. 5.

114) Ce que prétendaient les chargeurs pour reprocher au capitaine d'avoir choisi un autre moyen, à savoir la promesse de consigner la marchandise à l'arrivée. Rouen, 22 Juin 1910, Autran, XXVI, 288.

115) ELOY et GUERRAND, III, p. 537.

116) Il est responsable vis-à-vis des chargeurs de ne pas avoir fait un jet au lieu de vendre le navire échoué qui a été par la suite renfloué par ses acheteurs. Haute Cour de Justice, 1^{er} et 5 Juillet 1897, Autran, XIII, p. 385.

117) DE VALROGER, V, n° 1988. Comp. P. GOVARE, *Des Avaries Communes*, Paris 1862, n° 9 et 11. — Ce langage est employé même par les auteurs qui enseignaient qu'à la base de l'avarie commune se trouve le principe de l'équité de l'enrichissement sans cause. DANJON, III, p. 399, n° 981-1^{er} éd.

théorie des avaries communes. Engagés par le capitaine dans l'intérêt de tous, les frais extraordinaires de l'expédition sont distribués entre tous, c'est-à-dire entre le navire et ses profits d'une part, et la cargaison d'autre part. Tout contrat d'affrètement qui n'a pas écarté les dispositions du Code de Commerce confère au capitaine un pouvoir de représenter les chargeurs, dans les mesures prises par le salut commun¹¹⁸. Le capitaine est seul autorisé pour constituer l'avarie commune. Cependant, il peut, lorsque le sacrifice n'a pas été exécuté sous son ordre, le ratifier¹¹⁹, car sa volonté est « de par la loi une émanation d'une volonté générale et un principe d'ordre auquel toutes les forces agissantes doivent être soumises¹²⁰.

Avant de procéder au sacrifice, la loi lui impose de consulter les intéressés au chargement qui se trouvent dans le vaisseau, et les principaux de l'équipage. Les chargeurs ont depuis longtemps cessé d'accompagner leurs marchandises. Quant à l'avis de l'équipage, le capitaine en a été complètement affranchi, comme d'ailleurs des autres règles fixant un certain ordre dans l'exécution du jet. (Article 411 C. de Com.)¹²¹. Le capitaine étant le représentant de tous, personne ne saurait invoquer la négligence commise dans l'exécution d'une fonction pour le compte de la communauté; « tout ce qu'on doit exiger, c'est que le capitaine agisse au mieux des intérêts communs dont il est le gérant. »¹²² C'est à ce titre aussi qu'il a une grande liberté pour choisir les moyens employés pour assurer la sauvegarde de l'expédition. En vue d'éviter un sacrifice direct plus important, il peut engager une dépense qui sera classifiée

118) « La théorie des avaries communes est basée sur la convention, sur les pouvoirs qu'elle confère au capitaine », WAHL, n° 501, p. 230. Compt. RIPERT, III, n° 2220. — Sur le fondement de l'avarie commune consulter HARALAMBIDIS, *Des Caractères distinctifs des avaries communes et du fondement de la contribution à ces avaries*, Thèse, Paris, 1920, p. 309-341.

119) DANJON, III, 1^e éd., n° 987.

120) LLINAS, *Essai sur le fondement juridique de la contribution pour avarie commune*, Thèse, Montpellier, 1922, p. 181.

121) DESJARDINS, IV, n° 985.

122) Boulogne-sur-Mer, 7 Juillet 1925, *Dor, Sup.*, 3, 889.

en avarie commune¹²³.

b) Le sacrifice des biens confiés est une mesure extrême qui ne se justifie que par la pression des événements. Mais il arrive souvent que sans encourir aucun danger, le voyage est compromis parce que le navire ne peut continuer sa route sans être radoubé ou approvisionné. Pour accomplir son mandat, le capitaine dispose de moyens appropriés à ces circonstances. Ainsi, il peut mettre en gage ou vendre des marchandises jusqu'à concurrence des besoins dûment constatés (Art. 234 C. de Com.). En même temps, ces prérogatives attirent sur lui une grande responsabilité, non seulement vis-à-vis des armateurs, mais aussi vis-à-vis des chargeurs¹²⁴, car bien qu'à la fin du voyage l'armateur soit tenu de rembourser la valeur des marchandises vendues pour faire face aux frais de l'expédition, il n'en est pas moins vrai que les chargeurs sont directement intéressés à l'acte de leur préposé, qui d'ailleurs n'a pu disposer des marchandises qu'en vertu des liens le rattachant à leurs propriétaires¹²⁵.

D'après l'article 234 C. de Com., la vente des marchandises est autorisée pour nécessité de radoub et achat de victuailles, c'est-à-dire dans l'intérêt de toutes les parties intéressées à la continuation du voyage. Cependant, la jurisprudence a considéré qu'il n'y a là rien de limitatif et que partant le capitaine peut recourir à cette mesure, même lorsqu'il n'y a en jeu que l'intérêt exclusif du chargeur, comme par exemple pour sauver une partie de la valeur des marchandises avariés par fortune de mer¹²⁶. La question se pose alors de savoir ce qu'il advient de la créance du fret : le chargeur doit-il la payer en entier ou seulement à propor-

123) JACQUES LAMAGNERE, *La notion de dépense substituée en matière d'avarie commune*, Thèse, Bordeaux, 1934, p. 138. — Pour justifier le bien fondé de cette substitution, l'auteur rappelle que le capitaine est le représentant de tous les intéressés ; mais lorsqu'il discute le fondement de l'institution il déclare que cette qualité est sans aucune importance. (Page 222.)

124) Cass., 30 Juin 1869, D. 69, I. 336.

125) ALAUZET, V, n° 1768 ; BOISTEL, n° 1201 ; LEVILLAIN, note, D. 1884, I. 449. — En Angleterre, les pouvoirs du capitaine ont une source directe dans la nécessité impérative ». — STEVEN'S, *Elements of Mercantile Law*, 9^e éd. par H. JACOBS, 1934, p. 540-541. — Trad. française, ESCARTI, 1909, p. 489-490.

126) D. Rep., v° Dr. Marit., n° 1016 ; DESJARDINS, n° 1556 ; DE VALROGER, n° 429 ; VIVANTE, op. cit., n° 348.

tion de ce que le voyage est avancé. Il faut tout d'abord écarter le cas où les parties ont stipulé le fret acquis à tout événement ; la convention doit trouver son application conformément à l'art. 1134 C. civ. Mais en l'absence d'une pareille clause, il est juste de faire supporter au transporteur une partie de la fortune de mer et de réduire son fret à la distance parcourue, comme dans le cas prévu par l'article 296 C. Com.¹²⁷. Cette solution cependant n'a pas triomphé en jurisprudence. D'abord, disent les arrêts, le capitaine est obligé de vendre les marchandises, et lorsqu'il le fait, il agit « dans l'intérêt exclusif de l'affrèteur et comme son mandataire ». Dès lors, la question doit être résolue « comme si l'affrèteur eût lui-même retiré et vendu la marchandise. »¹²⁸ Il n'y a donc aucun doute qu'il doit supporter le fret en entier conformément à l'art. 293 C. de Com.

c) Un autre moyen mis à la disposition du capitaine pour exécuter son mandat est l'emprunt à la grosse sur la cargaison. « L'article 234 C. de Com. lui donne le droit de vendre et de mettre en gage les marchandises ; à plus forte raison peut-il les grever d'un privilège. Le capitaine agit ici comme représentant de tous les intérêts engagés dans l'expédition maritime. Les chargeurs ont tout intérêt à ce que le navire termine son voyage et arrive au port ; l'emprunt à la grosse présente donc une utilité pour les chargeurs, et le capitaine devient, par suite, le représentant légal des chargeurs. »¹²⁹

Les art. 234 et 192-5^o exigent que le capitaine accomplisse certaines formalités avant de procéder à ce prêt : savoir, l'établissement d'un procès-verbal signé des principaux de l'équipage, constatant la nécessité de l'emprunt et l'autorisation de justice, ou du consul à l'étranger. Peut-on considérer que le capitaine ne saurait « affecter la cargaison... qu'en observant strictement toutes les

127) Rennes, 30 Juillet 1841, S. 42, 2, 157. — Cette solution résulte des articles 302, 303, 293 C. de Com.

128) Bordeaux, 30 Novembre 1848, D. 49, 2, 238 ; S. 50, 2, 352 ; Bordeaux, 25 Juillet 1877, D. 78, 2, 249 ; CRESP et LAURIN, 2, p. 206 ; DE VALROGER, II, n^o 804.

129) RIPERT, II, n^o 1197.

conditions qui lui étaient imposées par la loi ; ...que ce n'est que sous la condition de cet accomplissement que la loi consent à donner au capitaine, dans les circonstances qu'elle détermine, un pouvoir qu'il en tient pas des propriétaires de la marchandise... » — comme s'exprime un arrêt de la Cour de Rouen ?¹³⁰ Sauf quelques résistances, la jurisprudence valide les emprunts contractés par le capitaine en dehors des formalités légales ; celles-ci n'étant prescrites au capitaine que « pour mettre sa responsabilité à l'abri et lui fournir des moyens de justifier sa conduite et d'établir la *nécessité* où il s'est trouvé pour accomplir son voyage d'engager le navire et le chargement »¹³¹. D'ailleurs, l'article 234 C. de Com. s'éclaire à la lecture de l'art. 236 C. de Com., qui édicte la responsabilité personnelle du capitaine pour toute négligence commise dans l'exercice de ses fonctions¹³². Enfin, il faut surtout tenir compte de ce que « le capitaine est pendant le voyage le mandataire légal de l'armateur et des chargeurs pour tout ce qui est relatif au navire et la cargaison, et que sauf leurs droits de discussion envers le capitaine, ceux-ci sont tenus d'exécuter les engagements contractés par lui en leur nom. »¹³³ Bien plus, la négligence commise par le capitaine en omettant d'observer les formalités légales (art. 192-5^o et 234 C. de Com.) peut entraîner pour les chargeurs la perte du privilège garantissant le remboursement du prix des marchandises vendues pour les besoins du navire, pendant le voyage. (Art. 191-7^o)¹³⁴. A cet égard, les chargeurs sont assimilés aux prêteurs à la grosse. Mais tandis que les prêteurs ordinaires ne peuvent s'en prendre qu'à leur propre légèreté ou négligence de la perte de ce privilège, car étant sur place, ils sont à même de veiller à l'observation des formalités, les chargeurs, par contre, étant loin du lieu de la vente, sont purement et simplement responsables

130) Rouen, 21 Août 1841, D. 42, 2, 18 ; adde, Amiens, 30 Août 1836, D. 37, 2, 5. — La question se pose dans les mêmes termes pour la vente des marchandises ; il a été jugé qu'à défaut d'une nécessité pressante, le capitaine n'a « ni qualité, ni pouvoir pour consentir cette vente ». Cass. Req., 14 Août 1882, D. 83, 1, 337 ; S. 85, 1, 70.

131) Civ. Cass., 9 Juillet 1845, D. 45, 1, 313.

132) DESJARDINS, II, p. 499 ; BEDARRIDE, n^o 458.

133) Req. Cass., 4 Décembre 1866, confirmant Aix, 2 Mars 1865, D. 67, 1, 161.

134) Req. Cass., 23 Mars 1869, J. Marseille, 1871, 2, 93.

de la négligence du capitaine. Et cependant, les critiques qui se sont élevées contre ce formalisme excessif, défendent surtout le privilège du prêteur, en justifiant par contre la déchéance du chargeur sur cette remarque que « le fait du capitaine n'est pas d'ailleurs étranger au chargeur qu'il a accepté comme mandataire en chargeant les marchandises à son bord »¹³⁵.

D'habitude, le prêt à la grosse est fait à la fois sur le navire et sur la cargaison, les deux éléments de la communauté gérée par le capitaine étant également intéressés à la continuation du voyage. Mais si cette communauté d'intérêt n'existe pas, parce qu'il s'agit d'un besoin exclusif de la marchandise ou du navire, le capitaine doit emprunter uniquement sur la partie intéressée. Ainsi, le prêt fait par le capitaine du navire dans lequel on a transbordé des marchandises après l'inavigabilité du premier navire, ne doit affecter que les marchandises¹³⁶. Et, à l'inverse, les chargeurs ne peuvent être obligés qu'autant qu'ils sont intéressés à la continuation du voyage. Ce principe a inspiré le troisième paragraphe de l'article 234 C. de Com., (Loi du 14 juin 1841), qui autorise les affréteurs à opérer un déchargement collectif. Il se retrouve de même dans l'art. 298 C. de Com., qui répartit entre tous les chargeurs la perte résultant pour le propriétaire des marchandises vendues et non intégralement remboursées par l'armateur. C'est que « le sacrifice est intervenu dans l'intérêt commun, et cet intérêt n'est autre que celui qu'ils ont à l'achèvement du voyage. »¹³⁷

218. — Un mandataire sur lequel pèse une si lourde responsabilité devrait avoir le droit d'être rétribué chaque fois qu'il a rendu un service aux chargeurs. Toujours est-il que sa responsabilité est appréciée comme celle d'un mandataire salarié¹³⁸, même lorsqu'il ne touche pas un salaire, parce que ses services sont déjà

135) DE VALROGER, I, n° 40. Adde, DEMANGEAT, IV, p. 56. — V. pourtant DE COURCY, op. cit., I, p. 42.

136) Alger, 25 Avril 1864, D. 64, 2, 108 ; S. 64, 2, 196.

137) LEVILLAIN, note, D. 80, 1, 99-2^e colonne.

138) LOCRE, Esprit, sur l'art. 221 ; BOULAY-PATY, p. 119 ; PARDESSUS, II, n° 642 ; DE VALROGER, V, n° 2249. — Un jugement récent appelle la somme versée par les chargeurs au capitaine pour soigner le bachage « libéralité faite au capitaine en vue d'un service ». Marseille, 12 Mars 1925, Dor. Sup., 3, 351.

rétribués par l'armateur¹³⁹. D'ailleurs, un mandataire qui ne reçoit aucun salaire n'est pas nécessairement un mandataire gratuit, s'il agit dans un but intéressé¹⁴⁰.

Aucune difficulté ne se présente sur le droit du capitaine de toucher un salaire lorsque la charte-partie le prévoit sous la forme d'une gratification. Le capitaine a, de ce chef, une action personnelle qui ne saurait être repoussée par une action reconventionnelle contre l'armement¹⁴¹. Mais s'il a mal soigné la cargaison, il perd le droit à cette gratification¹⁴², même si l'avarie est due à la force majeure¹⁴³. Toutefois, si la perte n'est que trop minime par rapport à la somme promise, le capitaine conserve le droit à cette somme, en indemnisant le réceptionnaire¹⁴⁴.

La gratification reçue par le capitaine pour les cas où les chargeurs seraient contents, est souvent désignée sous le nom de chapeau du capitaine. Mais la même expression signifie le supplément de fret que le chargeur s'engage à payer à l'armateur. Cette homonymie a créé une confusion qui a conduit les auteurs à considérer que le chapeau revient de plein droit au capitaine comme une rétribution destinée à couvrir sa responsabilité personnelle envers les chargeurs¹⁴⁵. Dès lors, l'armateur reçoit le chapeau pour le compte du capitaine, c'est-à-dire avec le privilège attaché aux créances de ce dernier¹⁴⁶.

Nous avons vu que le salaire du capitaine pour ses services ne présente aucune difficulté lorsqu'il est stipulé d'avance. Reste à savoir si le capitaine a le droit à une rémunération lorsque rien n'a été envisagé par les parties. En principe, tous ses services

139) De même les receveurs généraux chargés par leur fonction d'opérer gratuitement les achats de rente sur l'Etat, à la demande des particuliers, sont soumis envers ceux-ci à la responsabilité des mandataires salariés. cf. Bordeaux, 3 Janvier 1850, S. 51, 2, 38.

140) Paris, 19 Juin 1924, D. 1924, 2, 129.

141) Anvers, 7 Juin 1869, J. Anvers, 1869, 1, 367.

142) Anvers, 12 Avril 1873, J. Anvers, 1873, 1, 109.

143) Anvers, 6 Février 1867, J. Anvers, 1867, 1, 37. — Une gratification promise par l'affrèteur pour le cas où il serait content ne peut être considérée sous condition protestative, et partant le refus de l'acquitter doit être motivé, cf. Marseille, 19 Septembre 1862, J. Marseille, 1862, 1, 268.

144) Anvers, 4 Février 1869, J. Anvers, 1869, 1, 94.

145) DAGEVILLE, II, p. 349 ; BOULAY-PATY, II, p. 275 ; BOISTEL, n° 1337 ; DUFOUR, I, p. 106 ; DESJARDINS, n° 770.

146) DUFOUR, I, p. 180 ; BEDARRIDE, n° 660 ; — Contra, ELOY et GUERRAND,

sont rétribués. Ainsi, il ne saurait exiger une indemnité pour les diligences faites lors du transbordement des marchandises sur le navire loué conformément à l'article 296¹⁴⁷. Mais s'il accompagne la marchandise et si de ce fait résulte un profit pour les chargeurs, un salaire lui est dû suivant les services profitables qu'il a rendus¹⁴⁸. Quelquefois les tribunaux lui accordent une indemnité pour les services prestés au sauvetage des marchandises¹⁴⁹.

3. — *Etendue de la responsabilité des chargeurs.*

219. — La représentation des chargeurs par le capitaine pose tout naturellement la question des limites de la responsabilité qu'encourent les premiers à la suite des engagements contractés par le capitaine en leur nom. Lorsque le capitaine agit dans le cadre de ses attributions normales, son activité n'engage son autre mandant, l'armateur, que jusqu'à la concurrence de la fortune de mer. Les chargeurs peuvent-ils se prévaloir de cette règle fondamentale du droit maritime et mettre à l'abri leur fortune de terre en abandonnant les marchandises confiées au transporteur, ou bien sont-ils tenus sur tout leur patrimoine suivant le droit commun des obligations ?

Nous avons vu déjà quel a été l'enseignement d'Emerigon : la même règle doit être suivie pour les chargeurs comme pour les armateurs, la cargaison étant soumise aux mêmes risques et au même gérant que l'ensemble de l'expédition. Jusque vers la fin du XIX^e siècle, cette solution paraissait définitivement acquise. Mais en 1881 un arrêt de la Cour d'Aix refuse nettement au chargeur le droit d'abandon — « moyen exceptionnel de libération qu'il n'est pas permis d'étendre par assimilation ou par analogie à d'autres cas que ceux pour lesquels il a été spécialement autorisé

III, p. 127, s. ; DE VALROGER, n° 683 ; VINCENS, III, p. 145.

147) ELOY et GUERRAND, III, p. 462.

148) Le Havre, 4 Août 1867, J. Havre, 1867, 1, 172.

149) Marseille, 19 Octobre 1900, Autran, 16, 204 ; Aix, 7 Décembre 1801, Autran, 17, 312. — Contra, Le Havre, 20 Septembre 1899, Autran, 15, 89 ; Rouen, 11 Avril 1900, Autran, 16, 17.

par la loi »¹⁵⁰. Cette jurisprudence eut un grand retentissement ; elle menaçait les chargeurs d'être poursuivis sur tous leurs biens sans même pouvoir se couvrir par une assurance ordinaire (Art. 391 C. de Com.). Aussi l'arrêt de la Chambre Civile, cassant l'arrêt précédent, fut accompagnée d'une abondante littérature qui a mis en question tout le problème des rapports juridiques entre le capitaine et les chargeurs¹⁵¹.

Dans cette célèbre affaire « Putnam », il s'agissait des frais engagés par le capitaine après un naufrage pour sauver la marchandise et l'expédier à sa destination par un navire loué à cet effet. Les destinataires prétendaient s'en libérer en faisant abandon de leurs marchandises. Le jugement du tribunal de Marseille a accueilli cette prétention en partant de ce que le capitaine n'est investi après un naufrage que « d'une gestion dans laquelle il ne devait faire que les dépenses nécessaires et utiles »¹⁵². Car, d'une part, l'article 296 C. de Com. ne lui fait aucune injonction de louer un autre navire après naufrage, et, d'autre part, l'article 303 du C. de Com. indique, par l'octroi, en cas de naufrage suivi de sauvetage, d'un fret limité à la distance parcourue jusqu'au lieu du sinistre — que le capitaine doit agir suivant les circonstances, et, si possible, consulter les intéressés. « Qu'en effet, dit le tribunal, un naufrage enlève au capitaine les droits que le sauvetage fait revivre ; que le capitaine peut se trouver en opposition d'intérêts avec le chargeur dans une entreprise qui ne se réalise que par des dépenses exceptionnelles ; qu'alors s'il consulte son intérêt ou s'il agit témérement, il prend à ses risques toutes les dépenses qui rendaient la situation du chargeur pire que s'il n'y avait pas eu de sauvetage ». Mais la Cour d'Appel refuse cette argumentation,

150) Aix, 28 Mars 1881, sous Civ. Cass., 2 Avril 1884 (« Putnam ») D. 1884, 1, 449, note LEVILLAIN ; S. 1885, 1, 25 ; J. Palais, 1885, 1, 39, note LYON-CAEN ; BEDARRIDE, La responsabilité de l'affrètement pour les engagements pris par le capitaine dans l'intérêt de la cargaison, est-elle limitée au net produit de la marchandise ? Questions de droit commercial, Paris, 1883, p. 82.

151) Adde aux auteurs cités à la note précédente, LYON-CAEN, J. critique de législation et de jurisprudence, 1885, p. 401 ; DE COURCY, Le capitaine est-il le mandataire des chargeurs ? Revue critique, 1885, p. 304, s ; et Questions de droit maritime, IV, p. 183 ; A. LAURIN, article précité, p. 5, s.

152) Marseille, 15 Novembre 1880 (« Putnam »), J. Marseille, 1881, 1, 47.

qui voulait faire du capitaine un gérant d'affaire. De l'analyse des articles précités comme de l'économie générale du droit maritime, il résulte que « le capitaine est le mandataire de tous les intéressés au navire et au chargement ; qu'à ce titre, il est préposé à la surveillance et à la garde de tous les intérêts ; que la rupture même du voyage par un fait de force majeure ne le dispense pas de s'occuper des conséquences directes du sinistre et qu'il a droit au remboursement des avances qu'il a pu faire, à moins qu'il ne soit établi contre lui qu'il a mal agi, et qu'une faute quelconque lui est imputable ». Mais en l'absence d'une pareille faute, les chargeurs « ne sont recevables à se plaindre d'une opération faite de bonne foi dont ils auraient recueillis le profit si elle avait été avantageuse... » Quant au droit d'abandon, il est hors de discussion, son caractère exceptionnel interdisant toute application en dehors d'un texte. Cet arrêt fut cassé pour violation des articles 401 et 404 qui font de l'action du capitaine contre les chargeurs une action « purement réelle ».

Cependant, le système de la Cour d'Appel a rallié plusieurs auteurs, qui ont repris pour le défendre tous les chefs invoqués par la jurisprudence. Tout d'abord, c'est le caractère tout à fait exceptionnel de l'art. 216 du C. Com. qui interdit l'assimilation du chargeur à l'armateur¹⁵³. Et l'esprit de cet article destiné à protéger l'armateur contre la ruine, n'est pas plus favorable à cette assimilation, car le chargeur n'est menacé par aucune ruine, les frais exposés en cours de voyage étant des avaries particulières à la charge des assureurs¹⁵⁴. Au surplus, les pouvoirs du capitaine comme gérant de la cargaison ont une cause différente de celle de ses pouvoirs relatifs au navire. Dans ce dernier cas, il s'agit d'un mandat particulier, dans le premier, d'un mandat ordinaire et, partant, d'une responsabilité illimitée¹⁵⁵. Cette solution trouve en

153) L'absence d'un texte comme l'art. 216 C. Com. pour les chargeurs a été quelquefois interprétée comme une preuve que le capitaine ne représente pas les chargeurs. Caen, 15 Janvir 1867, S. 67, 2, 177.

154) BEDARRIDE, *op. cit.*, p. 97.

155) BEDARRIDE, *Commentaire*, I, n° 285.

outre un appui solide dans les articles 309 et 310 du Code de Com., interdisant aux chargeurs d'abandonner les marchandises pour se libérer de la créance du fret. Admettre le contraire « c'est d'ailleurs sacrifier les intérêts du chargeur et du destinataire que l'on veut sauvegarder, car le capitaine hésitera à entreprendre une opération, à effectuer une dépense susceptible à le constituer en perte »¹⁵⁶. Enfin et surtout, on ne doit pas négliger d'observer que « la responsabilité qui pèse sur lui est un sûr garant qu'il prendra toutes les précautions compatibles avec l'état des choses qui résultera du naufrage et de la nature des marchandises sauvetées »¹⁵⁷. Les dommages-intérêts qu'entraînera cette responsabilité lorsque le capitaine a engagé les frais à la légère, se compenseront ainsi avec ce qui dépasse la valeur des marchandises. Mais cette faute ne résulte pas automatiquement de ce que la valeur des marchandises est insuffisante à couvrir les frais engagés par le capitaine, car, d'une part, la dépréciation des marchandises peut être ultérieure et, d'autre part, le capitaine se trouve dans l'impossibilité de se faire une idée exacte aussi bien de la valeur de la cargaison que du montant des frais de sauvetage. Si les travaux avaient été exécutés sur l'ordre du chargeur, celui-ci serait tenu sur tout son patrimoine. (Art. 199 C. Civ.). Pourquoi en serait-il autrement lorsque le capitaine agit en vertu de son mandat légal général ?

220. — Ce n'est pas seulement à l'occasion des frais de sauvetage que les tribunaux ont affirmé le principe d'une responsabilité illimitée, mais encore lors d'un emprunt contracté par le capitaine afin de donner des soins à la marchandise en cours de route. Il s'agissait dans l'espèce d'un emprunt à la grosse fait pour une somme excédant la valeur des objets sur lesquels il était affecté et partant valable comme tel seulement jusqu'à concurrence des biens affectés, et comme emprunt simple pour le surplus de la somme empruntée. (Art. 317 C. de Com.)¹⁵⁸. « ...Il reste à décider dans

156) LEVILLAIN, note précitée.

157) BEDARRIDE, Questions, p. 93.

158) D'après DE COURCY (Questions, I, p. 25) l'art. 317 ne vise pas le chargeur lorsque l'emprunt est fait par le capitaine. En Allemagne, le capitaine ne saurait en-

quelles limites les chargeurs... devaient être obligés au paiement de l'emprunt... fait par le capitaine ...qui était en ce cas leur mandataire légal. Attendu, à cet égard qu'il est de principe en cette matière qu'à la différence de l'engagement pris par le capitaine et dont se dégage l'armateur par l'abandon du navire et du fret, d'après l'art. 216, l'engagement résultant du prêt à la grosse prévu par l'art 234, est tout à la fois réel et personnel ; qu'en cas d'heureuse arrivée, il est réel... ; et qu'il est personnel, c'est-à-dire qu'il affecte les biens de terre des chargeurs... pour l'excédant qui n'a pas couru les risques. »¹⁵⁹.

Mais cet arrêt est intéressant encore parce qu'il admet que le chargeur est responsable des fautes commises par le capitaine à l'occasion de l'exercice de son mandat. Voilà les faits. Un premier prêteur se fait adjuger le prêt demandé par le capitaine pour transborder la cargaison dans un navire loué après déclaration d'inavigabilité. Au lieu de donner suite à cette adjudication, et afin d'éviter l'accomplissement des formalités trop longues, le capitaine s'adresse à un nouveau prêteur et obtient la somme dont il avait besoin. A l'arrivée du navire, le chargeur est condamné à rembourser les sommes prêtées par le dernier capitaliste, et à payer des dommages-intérêts à l'adjudicataire du prêt non versé, pour les préjudices résultant de ce qu'il a été obligé de tenir immobilisé une somme d'argent pendant un certain temps. Sans se prononcer sur la nature de la responsabilité des chargeurs, la Cour de Cassation a rejeté leur demande en affirmant que « l'arrêt attaqué a fait à la cause l'application des principes incontestés. »¹⁶⁰. Or, comme la Cour de Rouen avait déclaré que le capitaine est mandataire légal du chargeur, il faut conclure que ce dernier est responsable à titre de commettant pour les fautes commises par son mandataire à l'occasion de l'exercice de son mandat¹⁶¹.

gager le crédit personnel des chargeurs qu'en vertu d'un mandat spécial. Cf. Art. 537 C. de Com. H. BEIT, op. cit., p. 22. — En ce sens, Caen, 15 Juin 1867, S. 67, 1, 177.

159) Rouen, 19 Avril 1861 (« Bornéo »), J. Caen et Rouen, 1861, 2, 206.

160) Cass. Req., 4 Décembre 1866 (« Bornéo ») D. 67, 1, 161.

161) Ces mêmes principes ont inspiré les auteurs qui classent en avarie commune les sacrifices faits par le capitaine pour écarter les dangers qu'encourt l'expédition à

221. — Devant cette situation, le problème des limites de la responsabilité présente un aussi haut intérêt pour le chargeur que pour l'armateur. Aussi la doctrine¹⁶² et la jurisprudence sont presque unanimes à restreindre la responsabilité des chargeurs pour les engagements du capitaine à la fortune de mer, — la cargaison exposée aux risques.

La marchandise qui voyage forme le gage unique de tous ceux qui rentrent en relations avec le capitaine à l'occasion de la gestion des intérêts du chargeur. C'est à travers elle que les tiers contemplent les affréteurs¹⁶³. C'est elle qui détermine invariablement les limites des pouvoirs que les tiers sont en droit de présumer chez le capitaine. En vérité, le mandat que ce dernier détient de la part des affréteurs est trop spéciale pour créer une apparence autre que celle qui résulte des biens confiés pour être transportés. Cette limite est consacrée par la tradition, commandée par l'équité, entrée dans la coutume commerciale. Elle est en outre appuyée par un texte, l'art. 381, C. Com., d'après lequel l'assureur ne couvre la responsabilité du chargeur que jusqu'à concurrence de la valeur des effets recouvrés¹⁶⁴. Il est vrai que les chargeurs ne sont pas compris dans les termes de l'article 216, mais ils sont nécessairement compris dans son esprit, car tous les motifs qui justifient la responsabilité limitée des armateurs peuvent être à plus forte raison invoqués par les chargeurs : ceux-ci sont complètement étrangers non seulement à la gestion de la cargaison mais encore à la nomination du capitaine. Ils ont en outre une fortune de mer comme les armateurs¹⁶⁵. Tout milite en faveur de l'application de l'article 216 du

la suite de sa faute. Comp. WAHL, n° 513 p. 235 ; RIPERT, III, n° 2275. — La jurisprudence a refusé de voir à cet égard dans le capitaine un préposé des chargeurs ; seulement elle a abandonné sa doctrine pour les cas où l'armateur a stipulé une négligence-clause. Voy. O. MARAIS, De l'influence de la clause d'irresponsabilité sur le caractère de l'avarie occasionnée par la faute du capitaine, Autran, VII, p. 606.

162) LYON-CAEN, note sur l'arrêt « Putnam », J. Pal., 1885, I, 39 ; Revue Critique, 1885, p. 401 ; Traité, V, n° 277. — CAUVET, Ass., I, n° 68, s. — DEMANGEAT, p. 408. — LAURIN, Ann. Dr. Com., I, p. 13. — RIPERT, I, n° 817. — DE SEZE, op. cit., p. 28. — DE VALROGER, I, n° 280. — Contra, WAHL, n° 1228, S.

163) L'obligation d'enlever une épave comprend à la fois le navire et la cargaison ; le chargeur est libéré de toute responsabilité si le capitaine a fait l'abandon. Conseil d'Etat, 26 Février 1897, Autran, VII, 667.

164) Civ. Cass., 25 Novembre 1872, D. 73, I, 114.

165) Cette fortune de mer comprend tous les biens confiés au capitaine, inclusi-

C. de Com. aux chargeurs. Ce que d'ailleurs les tribunaux n'hésitent pas à faire. « Attendu, lit-on, dans un jugement du tribunal de Marseille, que si le capitaine régit pendant le voyage tous les intérêts concernant un navire et son chargement, il ne peut pas engager indéfiniment l'armateur et les propriétaires des marchandises, que les limites des engagements pris par le capitaine, dans leurs effets à l'égard ds armateurs ont été fixées par l'article 216 du C. de Com. ; que la responsabilité des dépenses faites par le capitaine pour la conservation des marchandises n'atteint aussi leurs propriétaires que jusqu'à concurrence de la valeur des marchandises sauvées. »¹⁶⁶. On invoque d'habitude pour soutenir le contraire l'article 310 du C. de Com. qui défend aux chargeurs d'abandonner les marchandises pour la dette du fret. Mais on oublie qu'il s'agit là d'une « dette personnelle » aux chargeurs et que pour les dettes de même nature, les armateurs ne peuvent non plus limiter leur responsabilité. D'ailleurs, cet article prouverait plutôt le contraire, car si le législateur a senti le besoin d'intervenir dans ce cas, c'est pour écarter la règle générale de l'abandon¹⁶⁷.

Pour arriver au même résultat, la Cour de Cassation (arrêt Putnam) emploie un langage qui peut créer une grave confusion. Elle dit que le règlement d'avarie commune ou particulière « ne donne en principe ouverture contre l'affrèteur qu'à une action purement réelle, dont l'exercice ne peut être poursuivi que sur les marchandises qui ont fait le sujet de contrat d'affrètement, ce qui exclut par conséquent toute action personnelle pouvant affecter sa fortune de terre ». Dans son souci de limiter les risques du char-

vement ceux laissés au lieu de transbordement (art. 296 C. de Com.) Marseille, 9 Novembre 1857, J. Marseille, 1857, 1, 294.

166) Marseille, 24 Janvier 1868, (« Panamé »), J. Marseille, 1868, 1, 89. Adde, Marseille, 6 Octobre 1869, (« Henri ») *ibid.* 1869, 1, 299 ; cf. art. 565. C. Com. Japon.

167) VALIN demandait que dans tous les cas les marchandises soient l'unique gage du fret : Commentaire, sur l'art. 25, tit. III, liv. III. — Certains auteurs assimilent les dépenses engagées par le capitaine au supplément de fret, de sorte que les chargeurs sont tenus sur tout leur patrimoine (art. 310 C. de Com.) avec ce tempérament que le montant de la dette est établi d'après la valeur de la marchandise au moment de la dépense : DANJON, III, n° 906 à 908 ; LACOUR, Précis, n° 306. — Après avoir dit que « les chargeurs répondent comme tout mandant, des actes de leurs mandataires », M. WAHL fait découler l'obligation indéfinie des premiers de la réception de la marchandise. Comp. les n° 1128 et 1130.

geur, l'arrêt érige les marchandises en sujet de droit, ce qui ferait pendant à la « responsabilité du navire. »¹⁶⁸. Les auteurs qui enseignent que le capitaine représente les chargeurs se sont élevés contre ces expressions qui déguisent la nature de la responsabilité des chargeurs. Une action réelle, disent-ils, garanti un droit réel ; or, quel est le droit réel du capitaine sur la marchandise ? Il est vrai que le capitaine a un privilège sur cette marchandise, mais ce privilège implique l'existence d'une créance qu'il est destiné à garantir. Aussi l'action du capitaine contre le chargeur tant pour avarie commune que pour avarie particulière, ne peut être qu'une action personnelle¹⁶⁹. Certains auteurs font cependant une distinction entre ces deux actions en rangeant la première parmi les actions réelles. Levillain surtout, enseignait cela pour pouvoir parer à l'objection qu'on aurait pu élever en rappelant que la responsabilité des chargeurs est limitée lorsque le capitaine les a représenté dans les mesures de salut commun. Si les chargeurs, dit-il « sont tenu de contribuer à la réparation de la perte ou du dommage, c'est moins parce que le capitaine en y procédant a agi comme ayant mandat de leur part, qu'à raison du profit retiré de l'accomplissement de la mesure adoptée. Dès lors leur part afférente dans la contribution doit se mesurer sur l'étendue de l'avantage obtenu ». Seulement, cela ne détruit nullement le caractère personnel de l'action ; soit qu'on voit dans la contribution un cas d'enrichissement sans cause (comme dit l'auteur, un « profit retiré ») ou une conséquence du contrat d'affrètement, l'action reste toujours personnelle.

222. — Nous avons vu que pour limiter la responsabilité du chargeur¹⁷⁰, plusieurs voies ont été suivies : l'application directe de l'article 216 du C. de Com. ; la compensation entre ce qui atteindrait la fortune de terre du chargeur avec les dommages-intérêts auxquels serait condamné le capitaine qui a engagé des frais à

168) V. *supra*, n° 205.

169) LYON-CAEN, note précitée ; RIPERT, loc. cit.

170) LYON-CAEN, note précitée.

la légère ; le caractère réel de l'action pour avarie particulière et avarie commune. Enfin, pour ne pas mettre en danger les intérêts des chargeurs, certains auteurs, suivis par quelques arrêts, contestent le bien-fondé même du mandat en faisant appel à la notion de gestion d'affaires¹⁷¹. Mais un obstacle grave s'oppose à voir dans l'activité du capitaine une *negotior gestio* : c'est que le capitaine n'est pas libre de ne pas agir. Si le transporteur a le droit de récupérer une partie des dépenses engagées pour la cargaison (Art. 296, art. 401 C. de Com), c'est parce que ses obligations envers les chargeurs lui interdisent de se désintéresser des biens confiés. Or, les obligations que le Code a fait peser sur le capitaine enlève à son activité le caractère volontaire qui préside à la naissance du quasi-contrat de gestion d'affaires¹⁷².

D'ailleurs, même en admettant que le capitaine est un gérant d'affaires, les chargeurs seraient quand même tenus personnellement et directement par voie de représentation et partant au delà de la valeur de leurs marchandises, du moment que la gestion a été utile dans son principe et dans sa réalisation.

Dans cette section, nous avons envisagé les différents aspects du problème de la représentation des chargeurs par le capitaine, mais sans prendre parti et sans même insister sur les objections qui ont été élevées contre cette représentation. Il est temps maintenant de consacrer quelques pages à ces deux points.

III

Critique et essai de synthèse

1. — *Le capitaine n'est pas le représentant des chargeurs.*

223. — Le premier reproche qu'on a fait à ce système est

171) DE COURCY, op. cit., IV, p. 183. — DANJON, (II, n° 683, p. 560) souscrit en principe à ce système avec cette réserve que le capitaine ne soigne les intérêts du chargeur que comme préposé de l'armateur et non de son propre chef. (III, n° 908, p. 257.) — Comp. PERCEROU, Répétitions écrites, 1928-1929, p. 71.

172) JOSSERAND, Cours, n° 1446. — BONNECASE, n° 425. — RIPERT, I, p. 896,

l'absence d'un accord de volonté entre le capitaine et les chargeurs. Lorsque ceux-ci rentrent en contact avec le capitaine, ils ne lui confient aucun mandat¹⁷³, mais simplement une quantité de biens destinés à être transportés. Le contrat intervenu entre eux est un simple contrat de transport qui oblige le voiturier à déplacer les marchandises et rien de plus. C'est ainsi que s'explique le fait que l'armateur réponde de l'exécution du soi-disant mandat du capitaine vis-à-vis des chargeurs¹⁷⁴.

L'absence de lien contractuel direct entre le capitaine et les affréteurs se manifeste dès le début, ces derniers étant complètement étrangers à la nomination du premier¹⁷⁵. Ils ne sont pas non plus investis de la faculté de le congédier, faculté dont dispose l'armateur en particulier (Art. 218 du C. de Com.), et le mandant en général (Art. 2003 C. Civ.). Le simple fait qu'ils ont « le droit d'agir contre le capitaine », comme s'exprime un jugement récent, est insuffisant pour faire d'eux des mandants¹⁷⁶. Ces objections ne peuvent pas être davantage écartées en soutenant que le capitaine est le représentant égal des chargeurs¹⁷⁷, car en pareille matière une représentation légale n'existe que greffée sur un rapport juridique volontaire, comme dans le cas de l'armateur¹⁷⁸.

224. — Mettre les chargeurs sur le même plan que l'armateur c'est commettre, au surplus, une injustice, car ne bénéficiant d'aucune disposition formelle analogue à l'article 216 du C. Com., ils ne jouiraient pas d'une protection de leur fortune de terre contre les engagements pris par le capitaine en leur nom.

n° 816 ; DANJON, loc. cit. ; PROCOS, op. cit., p. 85. — Cet auteur propose de retirer au capitaine tout pouvoir de représentation, aussi bien vis-à-vis des chargeurs que vis-à-vis de l'armateur : op. cit., p. 134, s.

173) DE COURCY, op. cit., IV, p. 183. — DANJON, II-1^e éd., n° 683. — VERMOND, n° 130. — WAHL, n° 115. — DENISSE et GOVARE, Autran, XVII, p. 265. — IACOBÉ, I, n° 108. — SCIALOJA, op. cit., p. 333. — SMEESTERS, I, n° 194.

174) En Allemagne, l'art. 632 C. de Com. le dit expressément : « l'armateur répond... de l'obligation imposée au capitaine de prendre les mesures nécessaires au mieux de la cargaison. » Comp. DANJON, III-1^e éd., n° 781 bis.

175) Caen, 15 Janvier 1867, S. 67, 2, 177 ; J. Marseille, 1867, 2, 143.

176) Trib. Com. Seine, 11 Mars 1922, Autran, 1922, 654 ; V. supra, n° 215.

177) RIPERT, I, n° 816. — LYON-CAEN et RENAULT, V, n° 489 et 660. — LAURIN, An. Dr. Com., I, p. 5, s. — VERNEUX, II, p. 267, s. En Allemagne, on parle d'un quasi-mandat. cf. WAGNER, op. cit., I, p. 298.

178) SCIALOJA, loc. cit., V. infra, n° 228.

A tout cela, il faut ajouter le silence complet du législateur, lequel ne s'est nulle part prononcé sur la nature du lien existant entre le capitaine et les chargeurs. L'étendue de la responsabilité de ces derniers a été réglementée d'une façon précise dans les titres XI et XII du Code de Commerce ; il serait donc complètement arbitraire de dépasser cette limite en attribuant au capitaine une qualité qui ne se justifie par aucun texte ou par aucune volonté.

225. — Mais l'objection la plus sérieuse élevée contre le bien-fondé de la représentation des chargeurs par le capitaine a été sans doute l'impossibilité morale où ce dernier se trouve de jouer le rôle d'arbitre entre ses propres intérêts et ceux des tiers. Le capitaine est avant tout le préposé du transporteur ; ses préférences vont ainsi du côté de son commettant. Il sera toujours enclin à mettre le plus de frais possibles à la charge des affréteurs. Son intérêt personnel le met inévitablement en conflit avec ces derniers¹⁷⁹.

Ainsi posée, la question ouvre naturellement le débat sur le terrain des obligations en général. On peut en effet se demander quelle est la valeur d'un acte juridique conclu par une seule personne au nom des deux intérêts opposés. Tout d'abord, on a rattaché cet acte émanant d'une personne dédoublée, — d'une *duplex persona*¹⁸⁰, directement au contrat. Il est vrai qu'en général le contrat est le résultat d'un conflit d'intérêts, d'un choc de deux ou plusieurs volontés, mais il peut émaner aussi d'une volonté unique, pourvu que dans le contenu de la déclaration de volonté on distingue les deux éléments qui caractérisent le contrat : l'offre et l'acceptation. Lorsque ces deux phases du contrat coexistent

179) DE COURCY, op. et loc. cit. — LACOUR, Précis, n° 184 et 305. — DANJON, II-1^{re} éd., n° 683, p. 556. — WAHL, n° 115, p. 68. — Comment concevoir en outre que le capitaine puisse cumuler les deux mandats du chargeur et de l'armateur quand ces actes engagent vis-à-vis du chargeur la responsabilité de l'armateur : C. N. TO-NEANU. Une question de droit maritime, Curierul Judiciar, 1920, n°1, p. 17 ; Contra, R. PORTOCALA, note, sous appel Galatzi, 16 Février 1916, ibid., 1919, n° 1, p. 7.

180) L'expression appartient au droit italien de la Renaissance : LUCA, Theatrum Veritatis, Disc. V, n° 7-8, cité par GOUGET, Le Contra avec soi-même, thèse, Caen, 1903, p. 122. — S'il n'y a pas double volonté, il y a double personnalité. cf. P. BON-FANTE e ANGELO STRAFFA, Il contratto con se medesimo — Studii di diritto com. in onore di CESARE VIVANTE, I, p. 133.

dans une même déclaration de volonté, nous nous trouvons véritablement devant un acte bilatéral¹⁸¹, devant un contrat avec soi-même¹⁸². Cette bilatéralité résulte encore davantage d'une analyse plus approfondie de la notion d'obligation. Lorsque deux personnes concluent un contrat, elles ne font autre chose qu'établir un rapport d'obligation entre leurs deux patrimoines¹⁸³ qu'elles représentent et dont elles sont l'instrument¹⁸⁴. Or, rien ne s'oppose à ce que le même résultat soit atteint par la volonté d'une seule personne ayant à sa disposition les deux patrimoines en vertu d'un pouvoir de représentation. Les rapports ainsi établis ayant exactement la même formation que les rapports établis par les titulaires respectifs des deux patrimoines, sont de véritables rapports contractuels¹⁸⁵.

Cette déformation du concept contractuel, jusqu'à écarter sa marque spécifique, c'est-à-dire l'intervention de plusieurs volontés, a paru par trop arbitraire. Car, quoi qu'on dise, à la formation de ce prétendu contrat préside une seule volonté qui ne saurait se dédoubler jusqu'à y distinguer deux être différents. L'acte émané ainsi d'une volonté unique reste un acte de formation unilatérale mais produisant des effets contractuels¹⁸⁶. C'est pourquoi il est plus exact de l'appeler acte juridique avec soi-même¹⁸⁷. Cette opinion a de plus l'avantage d'offrir une construction juridique pour le contrat avec soi-même réalisé en dehors de la représentation¹⁸⁸, et d'exclure ainsi celle-ci parmi les conditions de validité

181) GOUGET, op. cit., p. 59 et 60.

182) Sebskontrahiren, en Allemagne ; Contazione a se stesso, en Italie (CASA-REGIS).

183) L'héritier bénéficiaire peut se porter adjudicataire même lorsque la vente a été provoquée par son initiative, « car il faut toujours distinguer en lui une double personne, ou si l'on veut, la possibilité de jouer un double rôle parce qu'il a double patrimoine. » PLANIOL et RIPERT, III, n° 2115. — La jurisprudence française a considéré souvent le navire « principal obligé et créancier ». Paris, 18 Décembre 1894, Autran, X, 743.

184) POLLACO, Della dazione in pagamento, 1888, I, p. 148, cité par GOUGET, op. cit., p. 72.

185) GOUGET, op. cit., p. 70-73.

186) RUMELIN, Das selbstkontrahiren des Stellvertreters, cité par GOUGET, op. cit. p. 46. — Salman, Die duplex persona im Handelsrecht, Z. H. R., t. 41 (1893), p. 374. — VALIMARESCO, Des actes juridiques avec soi-même, Rev. Trim., 1926, p. 980.

187) DEMOGUE, I, n° 42. — Comp. PRANZATARO, Le esagerazioni della teoria del auto-contratt nella moderno dommatica, Mélanges FADDO, III, p. 25.

188) La constitution d'un bien de famille insaisissable. Le capitaine propriétaire

de l'opération¹⁸⁹.

Quelle que soit la construction technique à laquelle on s'arrête, l'acte juridique avec soi-même présente des dangers sérieux par sa formation même. Aussi il n'est validé par la jurisprudence que là où une nécessité pratique l'exige et où la collusion d'intérêts¹⁹⁰ est anihilée par certaines conditions d'objectivité résultant, soit de la loi soit de la nature spéciale du négoce juridique¹⁹¹. En adoptant des directives aussi flottantes, la jurisprudence s'est réservée le droit de contrôler de pareils actes toutes les fois que les intérêts d'un ou de deux représentés ont été par trop sacrifiés¹⁹². L'obstacle que forme l'opposition d'intérêt à la validité de cet acte est certainement écartée lorsqu'une autorisation spéciale a été donnée dans ce sens par les parties mêmes¹⁹³. Le cumul des deux mandats sur la même tête reçoit ainsi droit de cité sous les auspices du grand principe de l'autonomie de la volonté.

226. — Le capitaine est l'agent de l'armateur ; à ce titre son activité est complètement absorbée par l'entreprise maritime. Cependant, les chargeurs peuvent lui confier un mandat spécial d'exécuter une certaine opération qui peut être soit le complément naturel de l'exécution du transport, soit un acte détaché de tout contact avec le transport proprement dit.

Dans le premier cas, il est très difficile de déterminer avec précision là où finit son obligation d'agent de l'armement et où commence celle de mandataire du chargeur. C'est ce qui arrive pour le bâchage ; normalement il incombe au transporteur, mais

traitant pour les besoins du navire dans le cadre de sa fortune de mer. — Comp. DANJON, II-1^{re} éd., n° 591, p. 335.

189) « Ou bien quelqu'un manifeste sa propre volonté et celle d'un autre qu'il représente, ou bien il manifeste la volonté de deux personnes qu'il représente à la fois. Dans tous les cas, il faut une représentation. » SALMAN, op. cit., p. 370.

190) « On ne saurait prétendre que les chargeurs (vendeurs) représentent l'affréteur (acheteur) au regard du capitaine », l'acheteur en sa qualité ayant des « droits et intérêts contraires » : Cass. Req., 10 Novembre 1906, D. 1907, 1, 89, note en sens contraire, GOVARE.

191) V. pour l'assurance, Cass. Req., 11 Avril 1860, S. 1860, 1, 315. adde, VIVANTE, op. cit., n° 85. — Le billet à (son) ordre, P. Bonfante e A. Straffa, op. cit., p. 138.

192) DEMOGUE, I, n° 45. — Le conflit d'intérêts est un véritable criterium de validité du contrat avec soi-même, cf. VALIMARESCO, op. et loc., cit.

193) Un héritier peut être représenté dans un partage par le légataire universel : Cass., 11 Novembre 1907, Gaz. Pal., 1911, 1, 581. — DEMOGUE, I, n° 65.

une clause du contrat peut l'exclure de l'ensemble de l'opération. Si le capitaine reçoit une somme d'argent pour bâcher les marchandises, il cumule à sa qualité d'agent de l'armement celle de mandataire du chargeur. Ce cumul n'autorise pas cependant ce dernier à demander l'annulation du mandat conféré au capitaine pour rattacher l'inexécution du bâchage à l'autre qualité de représentant du transporteur¹⁹⁴.

Au contraire, lorsque la démarcation entre les deux missions cumulées dans la même personne est pratiquement impossible, les tribunaux n'accordent plus la même force au mandat confié au capitaine par les chargeurs, et ils déclarent l'armateur responsable de la faute commise par le capitaine à l'occasion de l'exécution de ce mandat.

C'est ainsi que les ordres donnés par l'affrèteur relativement à l'espèce de marchandise à embarquer, sont considérés comme s'adressant directement au transporteur et engageant sa responsabilité¹⁹⁵. Etant donné l'étendue de l'obligation du voiturier, il reste très peu de place pour que le capitaine se charge d'une mission pour le compte de l'affrèteur. Ce cumul de mandats doit être encore moins présumé dans le cas où le chargeur n'a montré aucune volonté.

227. — On a essayé cependant de faire de ce cumul de mandats la règle générale dans les rapports entre le capitaine et les autres parties intéressées à l'expédition. Bien plus, certaines législations ont donné à cette position du capitaine une situation légale. La législation allemande, pour ne citer que la plus caractéristique, considère le capitaine comme investi de plein droit du pouvoir de contracter avec soi-même, au nom de l'armateur comme au nom des ayants-droit au chargement¹⁹⁶, tout au moins d'une façon for-

194) Marseille, 12 Mars 1925, *Dor, Sup.*, III, 351.

195) Cass. Req., 10 Novembre 1906, *D.* 1907, 1, 89. — Le consignataire du navire représente en même temps les intéressés au chargement lorsqu'une clause de livraison sous palan a été insérée dans le connaissement. Cf. RIPERT, II, n° 1574 ; BOITIER, Du consignataire du navire et du consignataire de la cargaison, Thèse, Paris, 1904, p. 24, s.

196) Ces contrats peuvent être rangés en trois groupes : 1° Contrat avec soi-même comme représentant de l'armateur, lorsque le capitaine avance les frais de l'expédi-

melle, car en réalité ce sont les armateurs qui répondent de l'activité du capitaine, rapportée ainsi toujours sur le plan du contrat de transport¹⁹⁷ (Art. 632 de C. du Com. *in fine*).

Pour donner une portée aussi générale au pouvoir de représenter les chargeurs, malgré la collision entre les intérêts de ces derniers et ceux de l'armateur, malgré la protestation des affréteurs, on s'est appuyé sur la situation spéciale du capitaine vis-à-vis de son commettant. L'obstacle qui s'oppose à ce que l'on reconnaisse au capitaine la qualité de représentant des chargeurs ne pourrait consister que dans la présomption de partialité qui plane sur l'activité de tout préposé lorsque les intérêts de son commettant sont opposés à ceux d'un tiers. Dès lors, si le capitaine est affranchi de cette présomption, soit par la volonté expresse du chargeur, soit par la loi, rien ne s'oppose plus à ce que ses actes soient obligatoires aussi bien pour l'armateur que pour le chargeur. Tout l'effort des partisans du mandat a tendu à prouver cela. — Il est vrai, disent-ils, que la volonté des affréteurs fait défaut¹⁹⁸, mais si nous consultons le Code de Commerce, combien est évidente la volonté de la loi¹⁹⁹ de charger le capitaine de représenter à la fois le navire et la cargaison ! « Comment comprendre, écrit Laurin, que le législateur eût, dans diverses situations par lui prévues (avaries communes) conféré de pareils pouvoirs au capitaine, s'il n'avait pas vu en lui le tuteur, le conciliateur, et par suite le représentant du double intérêt du navire et du chargement ? »²⁰⁰ Ce qui est vrai pour l'avarie commune, ne peut être repoussé comme absurde pour l'avarie particulière. Le mandat du

tion (art. 501 C. de Com.) ; 2° Contrat avec soi-même comme représentant des ayants-droit au chargement ; 3° Enfin contrat avec soi-même comme représentant des deux intérêts divergeants. (exem. art. 510 C. de Com.). Cf. SALMAN, op. cit., p. 381. WAGNER, Op. cit., p. 298. — Pour ELOY et GUERAND, en prêtant à l'armement, le capitaine perd sa qualité de capitaine et prend celle de prêteur. cf. op. cit., III, p. 641.

197) DANJON, III-1^{er}, n° 781 bis, p. 15.

198) « ... D'ailleurs les chargeurs ont agréé le capitaine, son nom existant dans la charte-partie. » (art. 273 et 281 C. de Com.) : BOISTEL, n° 1253 ; comp. WAHL, n° 1071-2°.

199) BEDARRIDE, n° 359. — RIPERT, I, n° 816, p. 895. — WAHMANN, op. cit., p. 39.

200) LAURIN, étude précitée. Dans le même sens LYON-CAEN, note « Putnam ». — Comp. l'opinion de LEVILLAIN sur le fondement de l'avarie commune, supra, n° 221.

capitaine, loin d'être une invention doctrinale, se greffe sur la structure même des institutions les plus caractéristiques du droit maritime.

En organisant le transport par mer, la loi organisait par là même l'indépendance du capitaine vis-à-vis de l'armateur. Ainsi, son pouvoir de représenter les chargeurs ayant une source autre que sa qualité de préposé de l'armement²⁰¹, même si en fait le capitaine peut manquer d'impartialité, en droit, il jouit d'une indépendance incontestable qui donne à ses actes toute la valeur des contrats conclus au nom des deux mandants différents.

D'habitude on proclame cette indépendance lorsqu'il s'agit d'en tirer une conséquence favorable pour l'armateur. Cependant, on trouve des décisions animées d'un esprit contraire. La jurisprudence a refusé d'engager la responsabilité du capitaine qui, en exécutant fidèlement la charte-partie, c'est-à-dire en évitant de faire une relâche qui lui aurait permis d'accomplir les formalités nécessaires pour ouvrir à l'armateur le droit à un supplément de prime de navigation, a privé ce dernier de cette somme. On « ne saurait oublier, dit à cette occasion le tribunal, que le capitaine n'avait pas à se préoccuper uniquement des intérêts de l'armateur, mais devait tenir compte également de ceux des assureurs et de ceux des propriétaires de la cargaison »²⁰². Le capitaine est tenu, sous sa propre responsabilité, de s'opposer à une mesure qui compromettrait les intérêts des chargeurs²⁰³. Ainsi au fond de son indépendance, on retrouve la fiction de sa responsabilité personnelle.

Mais avait-on vraiment besoin de proclamer cette indépendance ou cette responsabilité pour justifier l'absolution du capitaine dans l'affaire précitée ? A notre avis, les principes du droit

201) H. BEIT, *op. cit.*, p. 7 ; WAHMANN, *op. cit.*, p. 40. — La littérature allemande est très abondante sur cette question : PERELS, *Die Stellung des Kapitäns im deutsche Seehandelsrecht*. Z. H. R. vol. 57. — ROY WILHELM, *Der Schiffer als Vertreter des Ladungsbeteiligten*, Diss. Heidelberg, 1909.

202) Nantes, 25 Février 1911, *Autran*, XXVI, 811. Dans le même sens, Marseille, 1^{er} Août 1821, J. Marseille, 1821, 1, 309.

203) Trib. Com. Havre, 4 Juin 1896, confirmé Rouen, 3 Mars 1897, *Autran*, XII, p. 295 et 680. — H. BEIT, *op. cit.*, p. 11-adde *supra*, n° 219 in fine.

commun auraient suffi pour arriver au même résultat (Art. 1134 du C. Civ.). En vérité, le commettant, qui a confié l'exécution d'un contrat à son préposé ne saurait jamais engager la responsabilité de ce dernier, parce qu'il n'a pas été de mauvaise foi dans l'exécution de son mandat technique²⁰⁴ n'a pas une autre signification, tion de son mandat technique²⁰⁴ n'a pas une autre signification, l'armateur étant notoirement incompetent pour s'immiscer dans la direction du navire.

On fait, en outre, remarquer pour consolider cette indépendance du capitaine, que ses pouvoirs de gestion ont un caractère d'ordre public, ni l'armateur, ni le chargeur ne pouvant les restreindre utilement²⁰⁵. Cela est exact à condition qu'on entende désigner par « caractère d'ordre public », la protection naturelle de ceux qui se sont fiés à une apparence. Si le capitaine exerce certaines prérogatives dans la gestion de la cargaison, s'il peut, par exemple, mettre en gage le chargement pour se procurer des moyens de continuer l'expédition, c'est uniquement parce qu'il est « présumé, au respect des prêteurs à la grosse, en être propriétaire. »²⁰⁶ Ses pouvoirs résultent plutôt de cette confusion qui s'opère entre le navire et le chargement²⁰⁷, de ce fait brutal qui est l'unité de l'expédition vis-à-vis des tiers.

Enfin, pour relever davantage l'indépendance du capitaine et faire ainsi tomber tout ce qui s'opposait à la validité des ses actes, la doctrine n'a pas hésité à invoquer des dispositions complètement désuètes, comme celles contenues dans l'article 223 du C. de Com. Quelle meilleure preuve veut-on de cette indépendance que ce droit et devoir²⁰⁸ du capitaine de forcer les armateurs à contribuer aux frais de l'expédition ?

228. — D'autres sont allés plus loin encore dans cette voie et ont contesté tout antagonisme réel entre l'armateur et les char-

204) Alger, 31 Janvier 1893, Autran, IX, 494-comp. RIPERT, I, n° 520.

205) Le Havre, 28 Février 1887, Clunet 1887 P. 320 ; Req. 12 Février 1840, S. 40, 1, 125. — Ripert I n° 812.

206) Marseille, 15 Janvier 1866, cité par Cauvet Ass. I p. 212.

207) Comp. de Valroger, I, n° 431, p. 469.

208) V. supra, n° 210.

geurs. La situation juridique du capitaine, dit-on, n'a rien de particulier au droit maritime, elle s'intègre dans le cadre général du droit où d'autres représentants légaux sont appelés à soigner des intérêts opposés en apparence, mais solidaires au fond. A l'instar du capitaine qui représente l'armateur et les chargeurs dans le règlement d'avarie commune, le syndic représente à la fois le failli et les créanciers dans la liquidation et l'administration de la faillite²⁰⁹. La valeur de ce parallélisme entre le capitaine et le syndic a été à son tour contesté comme résultant d'une vue superficielle sur l'objet de leur mission respective : le capitaine est préposé à l'exécution d'un contrat, ce qui laisse subsister le conflit entre les parties, tandis que le syndic gère une liquidation. Or, « précisé-ment parce qu'il s'agit d'une liquidation, les intérêts des parties ne peuvent pas être considérés comme opposés, et sont au contraire communs, car il ne peut plus s'agir alors de profiter les uns aux dépens des autres, mais bien de régler la situation pour le mieux de tous et le plus équitablement possible. »²¹⁰ Cette différence entre les deux mandats, du capitaine et du syndic, enlève toute la force à l'appui que devait apporter la situation juridique du dernier pour consolider le système critiqué. — Mais le reproche n'a pas été laissé sans réplique : « dans le transport, écrit M. Ripert, les intérêts de l'armateur et des chargeurs ne sont pas toujours en antagonisme, et dans la faillite, les intérêts des créanciers et du débiteur ne sont pas toujours semblable. »²¹¹ Il faut donc conclure dans ce sens que la loi a confié à certains représentants cette mission délicate de représenter des parties dont les intérêts son souvent opposés.

Mais le syndic est-il vraiment chargé par la loi de soigner les intérêts du failli ? Le Code de Commerce ne dit rien là-dessus, comme il ne contient aucune indication quant à la représentation des

209) LAURIN, étude précitée, p. 13. — V. sur la similitude d'intérêts : VALIMARESCO, *op. cit.*, p. 982.

210) DANJON, II, n° 683, p. 556, note 5.

211) RIPERT, I, p. 895, note 1. — D'après ELOY et GUERAND, III, p. 639, le capitaine ne peut représenter les deux intérêts que lorsqu'ils sont communs ; en cas d'opposition il ne serait qu'un gérant d'affaires des chargeurs.

des chargeurs. Au surplus, la théorie de la représentation du failli par le syndic se réclame d'une tradition assez récente²¹². Elle est née surtout dans des circonstances tout à fait spéciales. Pour éviter les difficultés inextricables auxquelles se heurtaient les liquidations de faillites lorsque le débiteur possédait des rentes sur l'Etat français, déclarées insaisissables par plusieurs lois sous le Directoire²¹³, les tribunaux ont imaginé que le syndic est investi d'un mandat légal lui confiant la représentation des intérêts du failli, ce qui permettait d'écarter la prohibition légale de saisir lesdites rentes.

Cette fiction jurisprudentielle²¹⁴ éclaire singulièrement la situation du capitaine vis-à-vis des chargeurs. Dans un cas comme dans l'autre, il s'agit d'un procédé artificiel destiné à assouplir une règle rigide. Dans le cas du syndic, on voulait faire échec à l'interdiction de saisir les rentes sur l'Etat ; dans le cas du capitaine, on voulait écarter les conséquences normales du contrat de transport pour rejeter une partie des risques de l'expédition sur les chargeurs, afin de conserver ainsi le plus possible l'intégrité de la fortune de mer de l'armateur. Comme toute fiction, la représentation des chargeurs ne s'impose pas dans toutes ses conséquences logiques. On sait en effet que le chargeur n'a pas le droit à l'avantage réalisé sur le fret du deuxième navire (Art. 296 C. de Com.) ; qu'il ne peut exiger de son soi-disant représentant une diligence plus grande que celle qui incombe à tout transporteur ; qu'il se voit presque toujours débouté lorsqu'il essaye d'engager la responsabilité personnelle du capitaine²¹⁵. A tout cela il faut ajouter le contraste entre la disparition du rôle commercial du capitaine²¹⁶ et l'importance démesurée que lui accorde la jurisprudence et la doctrine.

212) Civ. Rej., 8 Mars 1859, S. 60, 1, 418, note G. DUTRUC.

213) Loi du 8 Nivose, An VI, art. 4 ; loi 22 Floréal, An VII, art. 7.

214) V. GENY, *Science et technique*, III, p. 386, et note 2.

215) V. supra, n° 212 et 214, in fine.

216) Il est devenu le premier des prolétaires de la mer : HENNEBICQ, II, 1^o partie, n° 41, p. 55. — Comp. COLIN, op. cit., p. 374 ; RIPERT, I, n° 820 ; BRUNETTI, op. cit. II, p. 216.

229. — Même en admettant, avec les partisans de la représentation des chargeurs par le capitaine, qu'il n'y a aucun conflit entre les intérêts du premier et ceux de l'armateur, cette représentation ne reste pas à l'abri de toute critique. En effet, on oublie trop souvent que dans les textes du Code de Commerce, le capitaine signifie l'armateur ; et on oublie surtout la nature et l'étendue des obligations du transporteur. Celui-ci promet le transport tout entier et non un navire et des marins. C'est cette promesse qui défend à l'armateur d'imposer aux chargeurs une série d'intermédiaires insaisissables ou insolvables²¹⁷. Et le capitaine est notoirement insolvable, malgré les affirmations des tribunaux que « les intérêts du chargeur ne sont pas sacrifiés ; ...que pendant la navigation et jusqu'à la livraison de la marchandise, le capitaine, mandataire légal, est responsable de ses faits et gestes... »²¹⁸

Quoi qu'on dise l'activité du capitaine se réalise dans le cadre de l'entreprise de transport dont il n'est qu'une partie spécialisée. Ses actes se projettent nécessairement sur le plan de cet organisme sans lequel il n'aurait pas eu l'occasion d'exercer ses fonctions. Or, « ce qui donne lieu à la responsabilité, c'est la réalité de l'état de préposé, c'est-à-dire la partie d'un organisme et non l'apparence. »²¹⁹ Et l'armateur est justement responsable de l'exécution du prétendu mandat. — Isoler le capitaine de son milieu naturel, prétendre qu'il a un droit propre et une responsabilité personnelle corélative, c'est créer une véritable fiction destinée à rompre l'unité juridique du contrat de transport ; bien plus, c'est enlever toute force obligatoire à ce contrat, car par cette voie de la représentation des chargeurs, l'armateur pourra rattacher toute l'exécution du transport au « devoir indépendant » du capitaine. — L'engagement pris par le transporteur est suffisant pour assurer la sauvegarde des intérêts du chargeur ; celui-ci n'a pas besoin d'un

217) V. les articles 99 C. de Com., 1797 C. Civ., Comp. JOSSERAND, *Les Transports*, n° 735, p. 449.

218) Montpellier, 31 Mai 1873, S. 1873, 265.

219) Demogue V, n° 891.

représentant spécial pendant le voyage²²⁰.

Les chargeurs ont depuis longtemps cessé de s'immiscer dans la gestion de l'expédition ; ils n'accompagnent plus leurs marchandises comme ils ont abandonné l'habitude d'en confier la surveillance à un mandataire spécial. Leur contrôle et leur participation dans l'organisation de l'entreprise ont été graduellement éliminés par le transporteur, qui a entendu se charger de l'intégralité de l'opération. S'ils ont jugé que leurs intérêts sont insuffisamment protégés, ils se sont adressés à un autre entrepreneur qui a consenti à prendre sur lui les risques du transport, à l'assureur²²¹. Obliger les chargeurs à faire des recherches de culpabilité, c'est présumer qu'ils surveillent encore personnellement le voyage, ou qu'ils prennent encore part à la gestion de l'expédition²²².

2. — *Explication du mandat.*

230. — Après avoir montré la place qu'occupe la représentation des chargeurs par le capitaine dans la jurisprudence et surtout dans la doctrine moderne, il nous reste à voir quelles sont les causes qui ont alimenté cette doctrine.

D'après M. Danjon, le point de départ de la représentation des chargeurs se trouve dans l'analyse inexacte qu'on a fait du contrat de transport. En persévérant dans la conception traditionnelle de l'affrètement-louage de chose, les auteurs ont été obligés de déterminer les obligations incombant à l'armateur par une voie détournée ; « ne pouvant faire jouer le rôle de voiturier par l'armateur, qu'ils ont bien inutilement affublé du rôle de bailleur du navire, ils ont imposé ce rôle au capitaine. »²²³ Si on a vu dans le devoir du capitaine de louer un autre navire. (Art. 296 du C. de

220) Les Allemands ont l'habitude de dire que sans ce représentant, personne ne confierait une cargaison à un transporteur maritime. H. Beit op. cit. p. 7-8. — Dans notre sens : Danjon, III, p. 258, n° 908.

221) Cet assureur était au début le propriétaire du navire : BENSÀ, op. cit., p. 23, s.

222) Comp. PROCOS, op. cit., p. 25, 53, 68, 72, 110.

223) DANJON, II-1°, n° 683, p. 558-559, et n° 639. Adde, III, n° 781 bis. — V. supra n° 187 et 212. — Contra, RIPERT, I, p. 894, note 1.

Com.), le principe d'un mandat, c'est parce qu'on considère que l'obligation du transporteur prend fin avec le voyage du navire, en oubliant ainsi que le navire n'est que l'instrument du transport et non l'objet.

Pour M. Wahl, la théorie du mandat est issue d'une autre cause liée davantage aux nécessités pratiques. C'est pour obliger le capitaine à faire les dépenses de conservation de la marchandise, c'est-à-dire pour ne pas laisser les intérêts des chargeurs sans défense, que le capitaine a été déclaré leur mandataire. Autrement dit, la théorie du mandat a été poursuivie dans un « but d'équité ».²²⁴

Les opinions de ces deux auteurs sont plus rapprochées qu'elles ne le paraissent au premier abord. En effet, elles s'inspirent d'une même idée maîtresse : le capitaine a été considéré comme mandataire des chargeurs parce que le transport, par lui-même est insuffisant à sauvegarder leurs intérêts. C'est donc toujours dans le contrat de transport qu'il faut chercher le noeud du problème.

231. — a) En dehors de l'erreur théorique (affrètement, louage de chose) qui a obligé les auteurs d'investir le capitaine d'un mandat dont l'objet coïncidait avec l'obligation du voiturier, il y a toute une série de solutions de droit positif²²⁵ qui pouvaient être commodément coordonnées autour de cette idée de mandat. En procédant ainsi, on conservait à l'affrètement toutes ses particularités. Car ces solutions ne sont que l'aboutissement d'une époque où le capitaine était en même temps transporteur ; elles règlent donc le partage de risques entre le transporteur et le chargeur. Si on veut les justifier par un mandat, ce ne peut être que le mandat de l'armateur, le capitaine ayant cessé depuis longtemps d'être voiturier²²⁶. Ce mandat permet à l'armateur de récupérer les dépenses

224) WAHL, n° 115, p. 69 : ... « En réalité, l'équité milite en faveur de la solution contraire : le capitaine a des fonctions trop absorbantes, il est arbitraire de lui imposer des soins que les chargeurs auraient pu prévoir et assurer. »

225) Art. 233, 234, 238, 241, 296, 388, 391, 393, 395, 400, 410, 435 C. de Com.

226) Les art. 230 et 221 régissent, dans les nouveaux codes maritimes, directement la responsabilité de l'armateur. ex : art. 78, C. Marocain. V. Le droit maritime du Maroc, FR. BAYSSIERE, thèse, Bordeaux, 1934.

ses faites au delà des obligations proprement dites de transporteur, mais il assure en même temps aux chargeurs un contrôle effectif sur l'étendue et la source de ces dépenses, sur la façon de laquelle on a tenu compte de ses intérêts.

b) La jurisprudence a utilisé également le mandat du capitaine pour assurer une plus grande mobilité aux expéditions, pour donner au capitaine une grande liberté d'action afin de liquider le plus vite possible une opération de transport. S'il devait attendre un ordre précis de la part du destinataire, souvent inconnu, il y aurait des lenteurs que l'armateur a tout intérêt à éviter. La jurisprudence a satisfait à cette nouvelle nécessité en considérant que le capitaine agit comme représentant du destinataire²²⁷. A cet égard, l'évolution subie par l'article 279 du C. de Com. en droit comparé, est significative. Le Code français obligeait le capitaine en cas de blocus à se rendre dans un des ports voisins de la même puissance. Par contre, les législations plus récentes laissent au capitaine la liberté d'agir « au mieux des intérêts du chargeur. »²²⁸

C'est pour assurer cette liberté d'action au capitaine, que les nouveaux codes lui accordent le pouvoir de représenter pendant le voyage les ayants-droit à la cargaison.

Article 371 du Code de Commerce Néerlandais du 22 décembre 1924²²⁹ : « Le capitaine est obligé de veiller, durant le voyage aux intérêts des ayants-droit à la cargaison, de prendre les mesures qui y sont nécessaires et au besoin d'agir en justice à cet effet. Il informera aussitôt les chargeurs de tous événements relatifs au chargement ; il agira autant que possible d'accord avec ce dernier et conformément à ses ordres. En cas d'extrême urgence, le capitaine est autorisé à vendre tout ou partie du chargement ou à se procurer de l'argent en engageant ce dernier en vue de

227) Rouen, 18 Décembre 1930, *Dor Sup.*, 1931, 66. — Comp. BOITIER, *op. cit.*, p. 28, s.

228) Italie, art. 553 C. de Com. ; Roumanie, art. 563 C. de Com. ; *Projet de 1867*, art. 284. — La jurisprudence française est en ce sens : Marseille, 11 Juillet 1877, *J. Marseille*, 1877, 1, 293. — Comp. DE VALROGER, II, n° 725. — Adde, l'art. 368. C. Com. Pays-Bas : MOLENGRAAFF, *Principes de droit com. néerlandais*, trad. M. FRANSSEN, 1931, p. 193.

229) *Dor*, n° 9, p. 619 et s.

faire face à des dépenses faites en faveur du chargement. »

Article 565 du Code de Commerce Japonais²³⁰ : « Le capitaine est tenu pendant le voyage de disposer de la cargaison de la façon qui est la plus propre à l'intérêt des ayants-droit. — L'ayant-droit peut s'affranchir de son obligation en abandonnant la cargaison au créancier pour la créance qui résulte pour la cargaison de l'acte du capitaine, à moins que l'ayant-droit ne soit en faute. »

Article 235 du Projet de Code Maritime Italien de 1931²³¹ : « Le capitaine représente les intérêts du navire et de la cargaison, sauf les pouvoirs spéciaux qui sont conférés à d'autres préposés des affréteurs, pour la gestion de leurs intérêts commerciaux. »

Cette représentation, non seulement permet une liquidation rapide des opérations du transport, mais elle donne aussi la sécurité aux tiers qui ont traité avec le capitaine. En ce sens, elle ne fait que trancher le conflit entre les tiers de bonne foi et ceux qui ont créé une apparence en confiant leurs marchandises à un transporteur.

c) Mais si on a donné tant d'ampleur à la théorie du mandat, c'est surtout parce qu'on a trop isolé le contrat de transport de l'institution du mandat, pour en faire un contrat rigide destiné à établir une répartition tranchée de risques. Sans doute, un pareil concept a l'avantage de donner beaucoup de sécurité aux chargeurs, mais ils ne correspondent pas à la répartition de risques consacrée par les autres dispositions du Code de Commerce. — Sous l'influence des associations du Moyen-Age, pratiquées entre les chargeurs et les transporteurs, la conception romaine individualiste du contrat de transport fut assouplie jusqu'à lui enlever toute utilité. La responsabilité du voiturier ne s'appréciait plus par rapport à un résultat promis mais séparément, pour chaque opération que comporte le transport. — Avec l'apparition de l'assurance les chargeurs se désolidarisent peu à peu du transporteur. L'opposition entre les parties intéressées à l'expédition se re-

230) Trad. RIPERT et SAZA KOMACHYA, *Dor*, 34, p. 949.

231) *Codice Marittimo, Progetto*, Roma, 1931 (anno IX).

forme de nouveau et se concrétise dans la formule de l'article 230 du C. de Com. : « La responsabilité du capitaine ne cesse que par la preuve de force majeure. » Seulement, la codification du XVIII^e siècle avait accueilli, à côté de cette formule tranchée, des solutions modelées sous l'influence des pratiques du Moyen-Age. Toute la réglementation des avaries communes, des attributions du capitaine dans la gestion de l'expédition, est infiltrée de pratiques imposées par le besoin de s'unir devant le danger, de faire face à la difficulté de trouver du crédit... Sur les institutions du droit maritime plane encore l'obligation du *tractator* de rendre compte de la *commande* confiée, de partager les bénéfices et les pertes de l'expédition, de procéder à la liquidation de l'avoir social²³². Consacrées concurremment avec le concept romain, les solutions du droit coutumier ont nécessairement assoupli ce concept pour faire de l'affrètement un contrat très voisin du mandat.

232. — Ce n'est d'ailleurs pas une particularité de l'affrètement. Celui qui confie ses marchandises à un transporteur terrestre confère par là même le pouvoir de prendre toutes les mesures destinées à en assurer la conservation et la garde²³³. La plus grande partie de ces mesures sont envisagées par la convention même des parties, et leur rétribution est fixée d'avance. Mais il y a toute une série de services à prester ou de dépenses à faire qui n'ont pas été comprises dans le prix convenu. Le transporteur n'a pas le droit cependant de se désintéresser du sort des biens confiés, même lorsque les soins qu'ils demandent débordent du cadre

232) PROCOS, op. cit., surtout les pages 14 et 20.

233) Le droit français s'oppose à rattacher le transport au mandat parce que ce dernier contrat ne saurait avoir pour objet des opérations matérielles. Cf. JOSSE-RAND, op. cit., n° 362, p. 349. — Mais il faut remarquer que le transporteur qui paie des droits de douane pour la marchandise, accomplit un acte juridique. D'ailleurs, cet auteur (n° 734 p. 746) reconnaît dans sa dernière édition que le commissionnaire de transport est un mandataire ; or pratiquement il y a une interpénétration entre les deux institutions, du fait des transports successifs. Cf. KOFFLER, La détermination juridique du contrat de transport, Thèse, Paris, 1930, p. 48. — Il faut remarquer, en outre, que certaines législations font du transport une variété de mandat : Code Fédéral suisse des obligations, art. 440-2° ; Code de Commerce Argentin, art. 164. En Belgique, la Cour de Cassation est favorable à cette conception : Cass. Belge, 17 Juillet 1873, Pas. 1873, I, 302. Adde, LACKMANN, Traité de transport par chemin de fer en Belgique, Bruxelles, 1876, n° 2 et 8. — Pour l'Italie : MARCHESINI, Il contratto di trasporto per strada ferrata, Torino, 1888, II, n° 3. — COSACK, op. cit, II, p. 324 parle de « l'exécution du mandat de transport ».

de l'obligation assumée. Il est vrai que les moyens rapides de communication permettent en général d'obtenir des instructions de la part des ayants-droit à la marchandise²³⁴, mais lorsque les circonstances exigent des mesures promptes, il est abusif et nuisible de prétendre immobiliser une entreprise et compromettre la conservation des biens pour attendre une instruction spéciale. Si donc le transporteur engage une dépense excédant les services déjà rétribués²³⁵, il doit avoir le droit d'être remboursé tout au moins jusqu'à la concurrence des biens qu'il détient. Sans doute, il n'est pas aisé de distinguer ce qui est dû, de ce qui a été déjà réglé par le contrat, mais cela n'est qu'un frein de plus pour que le voiturier n'engage pas des dépenses à la légère et qu'il n'augmente pas à sa volonté le prix primitivement convenu²³⁶ ou enfin qu'il ne se soustraie pas à la responsabilité découlant de l'inexécution de son obligation. De toute façon, la preuve de ces dépenses incombe au transporteur, car ses services sont présumés jusqu'à preuve contraire avoir été définitivement tarifés²³⁷.

Ainsi, le transport terrestre comme le transport maritime implique un pouvoir d'initiative établissant entre le transporteur et le chargeur un lien plus souple que celui du contrat d'entreprise. Seulement, c'est le voiturier directement qui est mandataire des chargurs et non son agent, préposé à l'exécution du contrat. Celui-ci s'efface devant celui qui a assumé la responsabilité de l'opéra-

234) « ... Attendu que, la force majeure étant survenue pendant l'exécution du mandat, la compagnie d'Orléans aurait dû aviser l'expéditeur... du fait qui en suspendait l'exécution ; qu'en principe le mandataire doit consulter le mandat... » Toulouse, 22 Avril 1872, D. 1872, 2, 54.

235) BOISTEL, note, D. 1874, 1, 97.

236) Trib. Com. Anvers, 24 Août 1911, *Le Droit Maritime Belge*, 1912, p. 39. — Le transporteur ne saurait mettre à la charge des affréteurs les frais de mise à quai d'office, si ces frais ont été exposés pour accomplir son obligation de délivrance.

237) Pour les chemins de fer, cette preuve est quelquefois facilitée par l'existence des tarifs, le prix du transport correspondant au nombre de kilomètres parcourus. Le transporteur qui est obligé à la suite d'une force majeure, d'interrompre le voyage et de diriger les marchandises sur une route autre que celle indiquée par l'expéditeur, doit être considéré avoir « agi pour accomplir son mandat au mieux des intérêts du propriétaire » (Cass., 21 Décembre 1874, D. 1875, 1, 304) et par conséquent est autorisé à réclamer un supplément de prix proportionnellement à la distance parcourue. (Cass., 5 Mai 1869, D. 69, 1, 252). — Pour les transports maritimes, cette preuve résulterait dans le cas où le transport continue sur un autre navire (art. 296 C. Com.) de ce que le deuxième fret est plus élevé que celui primitivement stipulé. Cf. DANJON, III, 1°, n° 804 bis, p. 60.

tion. Le capitaine, pas plus que les autres agents d'exécution, représente les chargeurs, si ce n'est pour le compte du transporteur. — Emerigon, qui est invoqué par les partisans de la représentation des chargeurs par le capitaine, n'accordait à cette représentation une portée autre que celle d'une fiction destinée à faire triompher une solution contestée, car il a très bien montré que l'armateur reste, malgré la force majeure libératrice, responsable des fautes commises par le capitaine au cours des opérations de sauvetage, c'est-à-dire dans l'exercice d'une mission qui intéressait directement les chargeurs²³⁸.

Ce n'est que dans le cadre de la responsabilité de l'armateur que le capitaine représente les chargeurs. Admettre le contraire, c'est laisser l'affrèteur à la disposition de l'armateur qui pourra invoquer à son gré, tantôt la qualité du capitaine de représentant de l'armement, tantôt celle de représentant du chargeur. Cette volte-face n'a pas été consacrée par un monument aussi « sage » que l'Ordonnance de la marine.

238) V. *supra*, n° 185 t s.

CHAPITRE II.

LA PROTECTION DE LA FORTUNE DE MER

I.

Technique de l'irresponsabilité

1. — *Les précédents.*

233. — Le mouvement de protection de la fortune de mer ne s'affirme avec ampleur qu'à partir du milieu du XIX^e siècle. Mais la technique de cette protection se trouve déjà dans toute la lutte contre l'interprétation restrictive de l'article 216 du C. de Com. (responsabilité limitée pour les contrats du capitaine).

On se rappelle que cette interprétation partait d'une fausse conception de la responsabilité de l'armateur. Celui-ci a le droit d'abandonner le navire et le fret parce que sa responsabilité provient de la faute du capitaine et non de son activité directe de transporteur. Par conséquent, si le capitaine n'a commis aucune faute, comme c'est le cas pour les engagements contractuels (Art. 234 du C. de Com.), il n'y a plus de raison de permettre à l'armateur de se libérer par abandon, de la responsabilité qui lui incombe. — Pour écarter cette distinction entre « *les faits du capitaine* », les instances de fonds ont procédé à une nouvelle analyse des liens rattachant l'armateur au capitaine. On engage la responsabilité illimitée de l'armateur parce qu'on considère que le capitaine est un mandataire de ce dernier. C'est une erreur. D'abord, d'après les termes mêmes de la loi, le capitaine ne peut engager

que la « responsabilité civile » de l'armateur, tandis que le mandataire met à la charge du mandant « une obligation personnelle. »¹

Cette différence entre le capitaine et le mandataire ordinaire est marquée davantage par les conditions qui président à la formation du rapport de mandant au mandataire. En effet, il arrive parfois que le capitaine est *choisi* non par l'armateur, mais par le consul. Il manque donc l'élément essentiel qui caractérise le mandat, à savoir l'accord des volontés. Mais même lorsque l'armateur procède à l'engagement de son capitaine, celui-ci « ne peut être pris que dans une classe d'individus brevetés par le roi. »² Enfin et surtout le capitaine ne s'efface pas devant l'armateur, mais reste au contraire « toujours premier obligé », c'est d'ailleurs pourquoi l'article 216 du C. de Com., déclare l'armateur « civilement responsable » et non simplement « responsable ».

Cette responsabilité principale et générale du capitaine a été renforcée par la loi du 14 juin 1841, qui refuse au capitaine qui est en même temps propriétaire, la faculté d'abandon. Elle a été utilisée plus tard par la jurisprudence pour assurer l'application du droit d'abandon, à un moment où le capitaine était remplacé dans ses fonctions par les agents terrestres de l'amateur³.

234. — Nous avons vu par ailleurs comment le capitaine a été isolé de l'entreprise maritime, pour qu'une partie de son activité puisse être rattachée directement aux chargeurs par un lien de représentation. Les armateurs ont essayé de se désolidariser du capitaine en essayant de rapporter une autre partie de ses « faits » aux pouvoirs publics. — Ainsi le rapport de mer, n'étant qu'une « mesure de police », c'est-à-dire une mesure d'intérêt général, exécutée par le capitaine en sa qualité publique de commandant du navire, doit rester étranger à l'armateur⁴. Et ce système a été

1) Marseille, 12 Mai 1830, sous Civ. Cass., 1^{er} Juillet 1834, S. 34, 1, 515.

2) Même arrêt.

3) V. supra, n^o 197.

4) Civ. Cass., 1^{er} Septembre 1813, (« Calvados »). S. 1813, 1, 450. Les assureurs ne sauraient opposer à l'armateur pour l'empêcher de faire délaissement, la tardivité du rapport du capitaine.

accueilli par des auteurs remarquables⁵.

L'isolement du capitaine à l'égard de l'entreprise a été essayé aussi pour ses actes illicites, comme la contrebande. Cette infraction ne pouvant être comprise dans « ce qui est relatif au navire et à l'expédition » (Art. 216 du C. de Com.) doit rester exclusivement personnel à son auteur⁶.

235. — La protection de la fortune de mer a été surtout réalisée aux dépens des assureurs. Ceux-ci s'engageaient à répondre des pertes ou avaries provenant d'une faute du capitaine. (Art. 353 du C. de Com.). Mais très souvent ces fautes n'entraînaient qu'un recours des tiers contre l'armateur et non un dommage direct aux biens assurés. La jurisprudence néanmoins a considéré que ce recours doit être assimilé à une perte subie directement par l'expédition⁷. Bien plus, ce recours ne résultait pas toujours d'une faute du capitaine, mais d'un engagement pris par celui-ci dans les limites strictes de ses pouvoirs. Pour assurer l'intégrité de la fortune de mer, les tribunaux déguisent cet acte du capitaine en une faute, en une baraterie de patron. De Courcy cite en ce sens un exemple pittoresque : — Un navire se trouvant sans charbon en pleine mer demande assistance jusqu'au port le plus proche. Le capitaine s'engage à payer une somme de 50.000 francs. Les armateurs se retournent contre les assureurs en alléguant que le capitaine a commis une « baraterie » en promettant une somme aussi élevée. « Il faut en effet, écrit De Courcy, que ce soit une baraterie pour qu'on puisse réclamer aux assureurs du navire le prix du service rendu aux passagers ...et à la bonne renommée de la compagnie. »

« Ce qu'il y a de piquant, c'est que les passagers publiaient dans les journaux une lettre élogieuse où ils exprimaient chaleureusement au capitaine leur reconnaissance... Il n'y a pas eu d'alar-

5) CRESP et LAURIN, I, p. 618 ; BEDARRIDE, I, n° 504 ; ELOY et GUERAND, II, p. 176.

6) Pau, 2 Juillet 1886, Clunet, 1887, 57. Cf. PARDESSUS, II, n° 663 ; WAHL, n° 104. — Contra : RIPERT, I, n° 845, DE VALROGER, I, n° 236 ; Req. 22 Juillet 1867, D. 1868, I, 81.

7) Cass., 23 Décembre 1857, D. 58, I, 61 ; S. 58, I, 153. — Cass., 4 Mars 1861, D. 61, I, 163. — Rouen, 17 Janvier 1882, S. 83, 2, I, note LYON-CAEN.

me, le service n'a pas été interrompu et le paquebot a pu repartir de France à la date réglementaire annoncée. N'importe, il faut que le capitaine ait commis une baraterie. »⁸

Par cette fiction de la responsabilité du capitaine, la jurisprudence arrive à faire de l'assurance maritime une double assurance : de choses et de responsabilité, afin que la fortune de mer de l'armateur garde toujours son intégrité⁹.

2. — *Les clauses de non-responsabilité*¹⁰.

236. — Enfin, les armateurs ont réalisé une protection presque absolue de leur fortune de mer en rattachant toute l'activité du capitaine aux chargeurs. Déjà, dit-on, la loi avait désigné le capitaine pour représenter les affréteurs dans tout ce qui concerne le transport et la conservation des marchandises. L'armateur accentue l'isolement de son capitaine par une convention passée en ce sens avec les chargeurs.

Mais quelle est l'efficacité d'une pareille convention ? La première fois qu'elle s'est prononcée sur cette question, la Cour de Cassation s'est contentée de déclarer que ces clauses ne sont pas contraires à l'ordre public¹¹. Cette notion flottante et difficilement saisissable devait être précisée plus tard dans un arrêt de principe de la Chambre Civile.

Les chargeurs ont essayé de résister à l'avènement de cette irresponsabilité en invoquant justement la responsabilité délictuelle de l'art. 1384-5^o du C. Civ. Ils ont bien souscrit une clause de non-responsabilité, mais cette clause ne devait pas les priver du recours contre l'armateur en sa qualité de commettant res-

8) DE COURCY, op. cit., II, p. 42. (La baraterie de patron). Adde, p. 115.

9) Système adopté par : DE VALROGER, IV, n^o 1620 ; DESJARDINS, VI, n^o 1425 ; réfuté par : LYON-CAEN et RENAULT, VI, n^o 1246 bis, et note précitée. — Comp. RIPERT, III, n^o 2636.

10) Nous nous limiterons à montrer comment a été utilisée la responsabilité du capitaine pour la validité de ces clauses ; l'étude proprement dite de ces clauses dépassant l'objet de cet ouvrage. — V. P. ESMEIN, Les clauses de non-responsabilité, Rev. Trim., 1926, p. 313, s.

11) Cass., 23 Février 1864, D. 64, 1, 166 ; S. 64, 1, 385.

ponsable des faits de ses préposés. La Cour de Cassation, comme autrefois les tribunaux qui voulaient permettre à l'armateur d'exercer le droit d'abandon même pour les dettes contractuelles du capitaine, procède à une nouvelle analyse du lien existant entre ce dernier et l'armateur, afin d'écarter le capitaine le plus possible de la situation du préposé de droit commun. Et pour arriver à ce résultat, la jurisprudence utilise de nouveau la fiction de la responsabilité personnelle du capitaine, seulement sous un aspect plus modernisé. « S'il est vrai, dit l'arrêt de la Cour de Cassation, que le capitaine soit le commis du propriétaire du navire, il est également vrai que dans l'exercice de son commandement, le capitaine échappe en *fait* et en *droit* à l'autorité de son commettant et à sa direction. »¹²

Cette argumentation a été développée davantage par la Cour d'Appel de Bordeaux, qui avait longtemps résisté à la doctrine de la Cour Suprême. — D'abord, on ne peut pas appliquer à l'armateur l'art. 1384 C. Civ., parce que le capitaine n'est pas un préposé ordinaire, mais « un agent imposé par les règlements et échappant en fait à tout contrôle. » Que d'ailleurs, « l'étude du titre spécial du capitaine ne peut que confirmer cette impression ; que non seulement le capitaine exerce sans partage le commandement du navire, mais que *personnellement il est responsable des marchandises* : que c'est lui qui traite avec les tiers et leur délivre les connaissements ; qu'il est chargé des formalités de visite prescrites avant le départ, qu'il participe au choix des matelots et gens de l'équipage ; qu'il est investi, en vue de la protection des personnes et des choses d'une série de pouvoirs conférés non par l'armateur, mais par l'*autorité publique* dont il est le *délégué*, que le crédit accordé à sa fonction est si grand que dans certains cas, il peut départager les propriétaires et paralyser leur volonté ; qu'il résulte de cet ensemble de prérogatives que dans l'exécution du contrat de transport, le capitaine jouit d'une *véritable auto-*

12) Cass., 14 Mars 1877, D. 77, 1, 449 ; S. 79, 1, 423. — V. la critique de cet argument, P. ESMEIN, *op. cit.*, p. 335.

mie... que l'armateur et lui constitue des personnes distinctes soumises en vertu des textes formels à des responsabilités différentes, séparées par des intérêts contradictoires. »¹³

Voilà qui est net. Le capitaine est un véritable entrepreneur jouissant d'une indépendance absolue, de fait et de droit dans l'exercice de son métier. Entre lui et l'armateur, il ne peut, par conséquent, exister de liens analogues à ceux qui unissent le commettant au préposé. Il est une « cause étrangère » à l'entreprise de l'armateur. En réalité s'il y a une responsabilité qui ne peut être écartée par une clause du connaissance, c'est bien celle du capitaine. « Attendu, lit-on dans un arrêt de la Cour de Rouen, qu'il est contraire à l'ordre public qu'un capitaine de navire puisse s'exonérer de ses fautes personnelles, parfois délictueuses et de nature à compromettre la fortune d'autrui et même l'existence des hommes placés sous ses ordres, il en est différemment de l'armateur qui n'encourt pour les faits de son préposé qu'une *responsabilité indirecte et de second ordre* ; qu'il n'y a rien d'immoral dans la convention par laquelle il stipule que de deux voies de recours ouvertes à l'affrèteur, l'une contre lui, l'autre contre le capitaine en faute, la première disparaîtra pour ne laisser subsister que la seconde... »¹⁴

Cette fiction de la responsabilité personnelle du capitaine se retrouve dans tous les arrêts qui ont repoussé les réclamations des chargeurs, sous une forme identique : « qu'aussi lui-même (le capitaine) est-il frappé par les articles 221 et 222 du C. de Com. d'une *responsabilité directe et principale*. »¹⁵

237. — Les auteurs qui ont entrepris de défendre les clauses de non-responsabilité ont porté la discussion sur le terrain des obligations en général. La validité des clauses s'impose pour eux parce que l'objet de l'obligation qu'elles écartent est d'ordre patri-

13) Bordeaux, 7 Décembre 1892, Autran, VIII p. 521.

14) Rouen, 29 Décembre 1891, Autran, VII, p. 659. — Dans le même sens Civ. Cass., 5 Décembre 1910, S. 1911, I, 129, Autran, XXVI, p. 437.

15) Cass., 2 Avril 1878, D. 78, I, 479 ; S. 78, I, 292 ; 23 Juillet 1878, D. 78, I, 349 ; S. 79, I, 423 ; 31 Juillet 1888, D. 89, I, 305 ; S. 88, I, 465 ; 18 Novembre 1895, D. 96, I, 307 ; S. 96, I, 168.

monial. « Tout se ramène en définitive, écrit M. Josserand, à une opposition entre les dommages causés aux personnes et ceux qui sont occasionnés aux choses »¹⁶. La valeur de cette distinction est très contestable, car comme l'a très justement remarqué M. Geny, « la protection de la personne ne se réalise souvent que par un accroissement de ses droits pécuniaires. Ceux-ci, d'ailleurs, même pris en soi, ont leur base dans les égards dus à la personne. »¹⁷ — Toujours est-il que cette distinction n'a eu aucun écho dans la jurisprudence maritime, car celle-ci valide les clauses concernant les dommages aux personnes. Et c'est de nouveau la responsabilité personnelle du capitaine qui est l'artisan de cette double transgression de l'ordre juridique¹⁸ : de la responsabilité des commettants et de l'extracommercialité de la personne physique¹⁹.

238. — L'unanimité de la jurisprudence a obligé les chargeurs de s'incliner ou de réclamer justice ailleurs. Mais tout en acceptant cette valabilité des clauses écartant la responsabilité délictuelle du commettant, ils ont exigé au moins l'application du droit commun quant à l'interprétation même des clauses et notamment quant à la charge de la preuve. (Art. 1147 C. Civ. ; 103 C. de Com.). A ce titre, l'armateur devait prouver que le dommage est dû véritablement à la faute du capitaine. Les tribunaux ont accueilli un certain temps la demande des chargeurs²⁰, mais ils ont quitté bientôt le droit commun en faisant de nouveau appel à la fiction de la responsabilité du capitaine. Ainsi ils décident « qu'aux termes de l'art. 222 du C. de Com., le capitaine est responsable des marchandises dont il prend charge, et que, d'après l'art. 230 du même Code, sa responsabilité ne cesse que par la preuve de force majeure ; qu'à défaut de cette preuve, la perte ou les avaries lui

16) JOSSERAND, *Transport*, n° 627, p. 609 ; adde, DANJON, II, p. 632, n° 723. — Comp. RIPERT, II, n° 1742. Cet auteur se sert de la fiction jurisprudentielle sous la forme d'indépendance de fait et de droit du capitaine : « la clause d'exonération est tout simplement la reconnaissance contractuelle de l'indépendance du préposé. »

17) GENY, *Science et technique*, III, p. 229.

18) Cass., 18 Juin 1918, *J. Havre*, 1918-1919, 2, 31.

19) JOSSERAND, *Cours*, n° 475, p. 253 ; BONNECASE, n° 499 ; P. ESMEIN, *op. cit.*, p. 339.

20) Civ. Rej., 12 Juillet 1893, D. 95, 1, 145 ; Rouen 13 Août 1886, *Autran*, II, p. 304.

sont en conséquence imputables et qu'ainsi il est *présumé en faute* quand il ne représente pas les marchandises à l'arrivée. »²¹

A l'aide de cette présomption générale de faute qui plane sur l'activité du capitaine, la jurisprudence désorganise tout rapport obligatoire entre l'armateur et les chargeurs²². Si nous devons admettre que l'obligation s'analyse dans un élément réel — la dette (Schuld), — et dans un élément personnel — la responsabilité (Faffung), — nous dirions que l'arrêt cité plus haut écarte non seulement la responsabilité du transporteur, mais même son obligation²³. Il faut à tout prix que ce soit la faute du capitaine pour que l'armateur puisse se dérober à toute responsabilité, bien qu'en réalité les dommages arrivés aux marchandises peuvent provenir de toute autre cause que de la faute du capitaine ; du vice propre du navire, par exemple, de la faute d'un agent terrestre de l'armateur. Eh bien, non ! une fois que les marchandises sont chargées sur le navire, « il n'y a plus dès lors place que pour les fautes du capitaine. »²⁴. — Et un arrêt postérieur ne prendra plus la peine de dissimuler et dira ouvertement que « *quelle que soit la cause véritable* de l'avarie... la responsabilité directe et principale du capitaine ne laisse pas de place au doute et se trouve seule engagée. »²⁵

239. — En exagérant l'indépendance de fait et de droit du capitaine²⁶, son autonomie, on est arrivé à donner plus de consis-

21) Cass. Civ., 18 Juillet 1900, D. 1903, 1, 17 ; S. 1902, 1, 84. — Dans le même sens : Cass. Civ., 2 Janvier 1901. D. 1903, 1, 22 ; S. 1902, 1, 456.

22) « La notion même de contrat est inconciliable avec une stipulation d'irresponsabilité à effet complet ». P. ESMEIN, *Op. cit.*, p. 332.

23) Il faut reconnaître que les spécialistes de transport maritime se sont élevés contre cette jurisprudence qui crée un nouveau privilège pour les armateurs : LYON-CAEN, Examen doctrinal de jurisprudence, *Rev. Critique*, 1900, p. 460 ; 1903, p. 516. — SAUVAGE, Manuel des transports, n° 101 et 138. — GOVARE et DENISSE, *op. cit.*, Autran, XVII (1902), p. 261. V. pourtant RIPERT, II, n° 1765 et DANJON, II, n° 741 bis. Cet auteur essaye de réduire l'écart du droit commun à un simple abus de forme, car d'après « les textes du C. de Com. et les principes généraux, la perte des marchandises était imputable au capitaine ». Nous ne voyons pas au juste la différence entre la présomption légale de la jurisprudence et la présomption résultant des textes et des principes généraux, proposée par M. Danjon.

24) Conclusions de M. DE REYNAL, D. 69, 1, 94 ; S. 69, 1, 101.

25) Cass. Civ., 5 Décembre 1910, S. 1911, 1, 129, note LYON-CAEN ; Autran, XXVI, p. 435.

26) En réalité, tout préposé jouit d'une indépendance plus ou moins grande dans l'exercice de ses fonctions (Cf. DANJON, II, p. 289) P. ESMEIN, *op. cit.*, p. 335 aussi la jurisprudence pour déterminer la situation de préposé en droit commun (con-

tance à la responsabilité qui devait arrêter les réclamations des chargeurs et des passagers, car les tribunaux prenaient toujours soin de déclarer qu'ils ne permettront jamais au capitaine de se libérer de cette responsabilité qui « dérive d'un intérêt de premier ordre, de la nécessité d'assurer la sécurité de la navigation. » Bien plus, cette responsabilité « est absolue et personnelle au capitaine, qui ne saurait en être déchargé par aucune clause de la charte-partie... puisqu'une semblable stipulation ne tiendrait à rien moins qu'à exonérer des conséquences de sa propre faute, ce qui serait contraire à l'ordre public. »²⁷

Le caractère fictif de cette responsabilité est d'une évidence notoire lorsque le dommage est causé par la faute d'un agent terrestre de l'armateur, c'est-à-dire par la compagnie personnelle²⁸. En faisant application des principes énoncés plus haut, la clause de non-responsabilité aurait dû être écartée comme contraire à l'ordre public. Pour conjurer ce nouveau danger menaçant la fortune de mer, on fait de la faute de la compagnie une faute du capitaine. C'est surtout à l'occasion de l'arrimage que les tribunaux ont utilisé ce procédé. Il est vrai que le capitaine n'a pas agi en personne, mais il ne faut pas oublier, disent les arrêts, que l'arrimage « se lie à la stabilité du navire et intéresse aussi la sécurité de la navigation ; qu'à ce titre il rentre *essentiellement* dans les attributions du capitaine ; que dès lors c'est le capitaine qui par sa fonction est responsable, à moins que l'armement n'ait commis des fautes que le capitaine n'a pu prévenir ou dont il ne

dition d'application de l'art. 1384-5^o C. Civ.) a depuis quelque temps abandonné le critérium de l'autorité pour adopter un critérium plus large de « fonction exercée pour le compte d'autrui ». Cf. VERNESCO, *La notion de préposé et l'idée de fonction*, thèse, Paris, 1933, p. 70 et s. — Néanmoins, la fiction de la responsabilité personnelle du capitaine sous la forme de l'indépendance fait toujours bonne impression. On trouve ainsi dans un avis présenté au nom de la commission de la législation civile et criminelle, affirmé que « les conditions de son service (capitaine) lui assure en fait une indépendance presque totale, que la loi a consacré en établissant sa responsabilité. J. Officiel, 1930, Documents parlementaires. (Chambre), Annexe n^o 3500.

27) Cass. Civ., 5 Décembre 1910, S. 1911, 1, 129 ; Autran, XXVI, p. 437 ; V. note anonyme, sous Trib. Com., Havre, 7 Mai 1901, Autran, XVII, 77.

28) La jurisprudence ne fait aucune différence pour les transports terrestres entre la faute des préposés et la faute de la compagnie car pratiquement il est presque impossible de distinguer entre les employés de l'entreprise et les organes représentatifs : Cass. Req., 29 Mai 1866, D. 67, 1, 380 ; Cass. 31 Décembre 1900, S. 1901, 1, 401 ; Paris, 12 Mai 1920, D. 1921, 2, 239.

lui a pas été possible de conjurer les conséquences. »²⁹

Nous nous trouvons par conséquent devant un véritable entrepreneur qui est responsable des cas fortuits, comme sont les faits de l'armement. Celui-ci n'est qu'un tiers vis-à-vis du chargeur dont le véritable débiteur est le capitaine. On revient ainsi insensiblement aux opinions professées au début du XIX^e siècle par les auteurs qui faisaient du capitaine un voiturier³⁰ ; seulement autrefois on voulait défendre la fortune de terre de l'armateur, c'est-à-dire, assurer la mise en oeuvre de l'article 216 du C. de Com., tandis que maintenant on a employé la responsabilité du capitaine pour briser cet article.

240. — L'irresponsabilité de l'armateur fut partiellement consacrée pour la première fois par la législation des Etats-Unis. (Loi Fédérale du 13 février 1893, connue sous le nom de Harter Act). Les armateurs ne sont plus responsables que pour les fautes commerciales du capitaine, les fautes nautiques étant exclues de plein droit. Seulement, en revanche, les clauses ont été prohibées pour la première catégorie de fautes.

Dans sa tendance favorable à la protection de la fortune de mer, la jurisprudence française a donné une interprétation tout à fait inexacte au mot « *management* », qui désignait la faute nautique, pour y faire rentrer l'arrimage, bien que cette opération était exclue d'une façon formelle et explicite par l'article premier de la dite loi³¹. Il a fallu sept ans à la Cour d'Aix pour se décider à admettre que sa traduction violait la loi même sur laquelle elle prétendait s'appuyer³².

L'irresponsabilité partielle consacrée aux Etats-Unis fut accueillie et élargie par la Convention Internationale de Bruxelles de 1924. « La négligence clause, dit M. Ripert, devenue clause de style dans les connaissements, se transforme en règle légale. C'est

29) Cass. Civ., 12 Mars 1912, *Autran*, XXVI, p. 799 ; S. 1913, 1, 355, note LYON-CAEN. — Dans le même sens, Cass. civ., 5 Décembre 1910, S. 1910, 1, 132 ; Aix, 16 Janvier 1911, *Autran*, XVI, p. 660.

30) V. *supra*, n° 206.

31) Aix, 24 Décembre 1891, *Autran*, VII, p. 408.

32) Marseille, 14 Décembre 1898, *Autran*, XVI, p. 508. V. RIPERT, II, n° 1808.

une transformation fréquente dans la technique juridique. »³³

L'article 4-2° de la Convention décide que : « Ni le transporteur ni le navire ne sont responsables pour perte ou dommage résultant ou provenant : a) des actes, négligence ou défaut du capitaine, marin, pilote ou des préposés du transporteur dans la navigation ou l'administration du navire. »³⁴

33) RIPERT, II, n° 1816-3°. — En effet, chez les romains la responsabilité du voiturier (*receptum nautarum*) ne devient légale qu'après une longue pratique des clauses en ce sens. V. *supra*, n° 75.

34) Cette convention est devenue loi interne en Angleterre : *The Carriage of Goods by sea Act*, 1924, en Belgique : Loi du 11 Janvier 1929.

CONCLUSION

Depuis les débuts incertains de la navigation chez les Romains et jusqu'à nos jours, la responsabilité personnelle du capitaine a résisté à toutes les transformations subies par l'entreprise maritime, notamment en ce qui concerne le rôle effectif du capitaine dans l'organisation de cette entreprise. Le but de cette étude a été de pénétrer le secret de cette singulière vitalité.

La responsabilité personnelle du capitaine n'est pas une simple survivance historique¹, conservée à l'envie par les tribunaux trop respectueux de la lettre de la loi. Elle ne résulte non plus uniquement d'une fausse conception de la responsabilité du fait d'autrui², selon laquelle le commettant ne serait qu'un garant, qu'une caution du débiteur principal de la réparation³. Elle n'est pas toujours la sanction d'un acte fautif. (Art. 1382 C. Civ.). L'explication de sa persistance se trouve dans l'étendue particulière de la responsabilité de l'armateur. Pour assurer le fonctionnement du droit d'abandon, pour faire surtout de l'article 216 C. de Com. la responsabilité de l'exploitation normale de l'entreprise, la jurisprudence a été obligée de concentrer toute l'activité du transporteur sur le capitaine.

Longtemps, le capitaine a été un véritable voiturier assumant les risques de son entreprise. La responsabilité du transporteur

1) Comp. RIPERT, II, p. 717, note 2.

2) RIPERT, I, n° 835.

3) MAZEAUD, I, n° 930 ; BESSON, note, D. 1928, 2, 13, sous Dijon, 20 Juillet 1927. « L'engagement, dit cet auteur, du commettant a... tous les caractères accessoires de la caution : il se mesure à l'obligation principale, ne peut exister que si celle-ci est valable et consacrée, et disparaît dans la proportion où s'opère l'extension de la dette principale. »

maritime s'édifia ainsi sur sa personne. Lorsque le législateur de 1681 a codifié le droit maritime, il a pris les institutions juridiques telles qu'elles fonctionnaient en pratique, avec leurs noms et leurs particularités, et les a rattachées à l'armateur par une formule substantielle : « *les faits du maître.* » Le capitaine reste par là comme un témoignage de l'exploitation normale du navire pour laquelle l'armateur était autorisé de limiter ses risques à la fortune de mer. Dans cette période sa responsabilité joue le rôle d'un critérium légal pour mettre en oeuvre la responsabilité de l'armateur.

A partir du milieu du XIX^e siècle, la jurisprudence utilisa la responsabilité personnelle du capitaine pour créer une nouvelle distribution des risques entre le transporteur et les chargeurs. Déjà pour maintenir l'intégrité du droit d'abandon avant la loi du 14 juin 1841, les tribunaux s'étaient efforcés de démontrer que le capitaine occupe une place à part dans le droit, plus proche du voiturier que du simple préposé. Plus tard, cette position indépendante du capitaine est consolidée dans tous les arrêts qui repoussent les attaques des chargeurs contre les clauses de non-responsabilité.

A la différence du transporteur terrestre, le transporteur maritime peut stipuler son irresponsabilité, parce que les chargeurs ont une garantie inébranlable dans la responsabilité du capitaine de navire. Celui-ci par son indépendance, par son initiative est tenu de répondre de toute l'activité de l'entreprise, parce que toute cette activité doit être considérée comme exercée pour son compte. La responsabilité personnelle du capitaine devient ainsi pour la jurisprudence un *instrument* précieux pour briser le cadre de l'art. 216 du C. de Com., afin de réaliser la protection de la fortune de

mer de l'armateur. Par là s'établit une nouvelle solidarité entre les armateurs et les chargeurs, une nouvelle contribution de ces derniers au développement de la marine marchande.

Vu : *Le Président de la Thèse,*

Jean ESCARRA.

Vu : *Le Doyen,*

Edgard ALLIX.

Vu et permis d'imprimer :

Le Recteur de l'Académie de Paris,

S. CHARLETY.

Abréviations

- An. Dr. Com.* — Annales de droit commercial.
- Autran.* — Revue internationale de droit maritime, fondée par Autran.
- Com. Marit. Int.* — Bulletin du Comité maritime international.
- D.* — Dalloz. Recueil périodique et critique de jurisprudence, de législation et de doctrine.
- D. H.* — Dalloz. Recueil hebdomadaire de jurisprudence.
- D. Rep.* — Dalloz. Répertoire de législation, de doctrine et de jurisprudence.
- Dor.* — Revue de droit maritime comparé fondée par Léopold Dor.
- Dor Sup.* — Le Droit maritime français, supplément de la Revue de droit maritime comparé et du Journal de la Marine marchande.
- D. S.* — Dictionnaire des antiquités grecques et romaines, publié par Darenberg et Saglio.
- Clunet.* — Journal de droit international privé, fondé par E. Clunet.
- Gaz. Pal.* — Gazette du Palais.
- J. Anvers.* — Jurisprudence du port d'Anvers.
- J. Rouen.* — Recueil des arrêts de la Cour de Caen et Rouen.
- J. Havre.* — Recueil de jurisprudence commerciale et maritime du Havre.
- J. Marseille.* — Journal de jurisprudence commerciale et maritime de Marseille.
- J. Nantes.* — Revue de jurisprudence commerciale et maritime de Nantes.
- Palagi.* — Dario Palagi. Le Code de commerce maritime mixte commenté par la jurisprudence de la Cour d'appel mixte, Alexandrie, 1929.
- PARD.* — Pardessus. Collection des lois maritimes antérieures au XVIII^e siècle. Paris, 1828-1845.
- Rev. Hist.* — Nouvelle Revue historique de droit français et étranger.
- Rev. Trim.* — Revue trimestrielle de droit français et étranger.
- Twiss., Mon.* — Travers Twiss, Monumenta juridica (The Black book of the Admiralty), London, 1876.
- Z. H. R.* — Zeitschrift für das Gesamte Handelsrecht, fondé par L. Goldschmidt.

Bibliographie

HISTOIRE

Ouvrages généraux

- BEAUCHET : *Histoire du Droit privé grec*, Paris, 1897, tome IV.
BESTA : *Storia del Diritto italiano*, Milano, 1923, t. I.
BONFANTE : *Histoire du Droit romain*, trad. J. Carrère et Fournier, Paris, 1928, t. I.
BRUNETTI : *Diritto marittimo privato italiano*, Torino, 1929, t. I.
CLEIRAC : *Us et Coustumes de la mer*, Bordeaux, 1671.
COSTA (Emilio) : *Storia del Diritto romano privato*, Torino, 1925.
CUQ : *Les Institutions Juridiques des Romains* (préface de J.-E. Labbé), Paris, 1891.
DESJARDINS : *Introduction historique à l'étude du Droit commercial maritime*, Paris, 1890.
ESCARRA (Jean) : *Principes de Droit commercial*, Paris, 1934, t. I (avec la collaboration de E. Escarra et J. Rault), p. 9 et suiv.: Esquisse historique du droit commercial.
HUVELIN : *Cours élémentaire de Droit romain*, Paris, 1929, t. II, Les Obligations (publié par R. MONNIER).
GIRARD : *Manuel élémentaire de Droit romain*, 8^e éd., Paris, 1929.
GLASSON : *Histoire du Droit et des institutions de la France*, t. VIII, Paris, 1903.
GLUCK : *Commentario alle Pandette*, trad. Bonfante, t. XIV-XV, Milano, 1907.
GOLDSCHMIDT : *Storia universale del Diritto commerciale*, trad. Panchoni e Scialoja, Torino, 1913.
KARLOWA : *Römische Rechtsgeschichte*, Leipzig, 1901, t. II, *Die Obligationen und Causae des Vermögensverkehrs*, pr. 157.
ORTOLAN : *Explication historique des Instituts de l'Empereur Justinien*, Paris (Plon), 1883, t. II, appendice IX. La représentation, par LABBE, p. 865 s.
MOMMSEN : *Histoire Romaine*, trad. de Guerle, Flammarion, t. I.
PARDESSUS : *Collection des lois maritimes antérieures au XVIII^e siècle*, 6 vol., Paris, 1828-1845.
WAGNER : *Handbuch des Seerecht*, collection BINDING, Leipzig, 1884, t. I, p. 1-128.

Etudes, thèses de doctorat, documents

- ASHBURNER : *The Rhodian Sea Law (Nomos Rodion Nautikos)*, Introduction, p. I-CLXXXIII, Oxford, 1906.
BARRERE : *Des obligations de l'armateur et du capitaine en droit romain*, thèse, Bordeaux, 1896.

- BASILIO (Francesco) : *Origine e sviluppo del nostro Dritto marittimo*, Trieste, 1914.
- BENSA : *Histoire du contrat d'assurance au Moyen Age*, trad. J. Valéry, introd. J. Lefort, Paris, 1897.
- BLANCARD : *Documents inédits sur le commerce de Marseille au Moyen Age*, Marseille, 1885.
- BONNAINI : *Statuti inediti della città di Pisa*, 3 vol., Firenze, 1857.
- BRATIANO (G. I.) : *Recherches sur le commerce génois dans la mer Noire au XIII^e siècle*, Paris, 1929.
- CANALE (Giuseppe) : *Nuova istoria della repubblica di Genova*, Firenze, 1858-1860.
- CARNAZZA (G.) : *Il Diritto commerciale dei Romani*, Catania, 1871.
- COSTA (Emilio) : *Le azioni Exercitoria e Institoria nel Diritto romano*, Parma, 1891.
- FREMERY : *Etudes de Droit commercial*, Paris, 1833.
- GANDOLFO : *La nave nel Diritto romano*, Genova, 1883.
- HUVELIN : *Etudes d'histoire du Droit commercial romain*, ouvrage posthume publié par M. Lévy-Bruhl, Paris, 1929.
- IHERING : *Histoire du développement du Droit romain*, trad. Meulenaere, Paris, 1900.
- LENEL (O.) : *Essai de reconstitution de l'Edit Perpétuel*, trad. Fr. Peltier, Paris, 1901.
- MAS LATRIE : *Traité de paix et de commerce et documents divers au Moyen Age*.
Commerce et expéditions militaires de France et de Venise au Moyen Age, *Mélanges historiques*, t. III, Paris, 1880.
- MERY et GUINDON : *Histoire des actes de la Municipalité de Marseille*, t. II-IV, 1845.
- MICOLIER (G.) : *Pécule et capacité patrimoniale*, thèse, Lyon, 1932.
- PARIS (J.) : *La responsabilité de la Custodia en droit romain*, thèse, Nancy, 1926.
- PAOLI (U.-E.) : *Studi di diritto attico*, IX-1930.
- REHME : *Die Haftung des Reeders im Mittelalter*, diss., Berlin, 1891.
- ROUSIERS (DE) : *Les grandes industries modernes*, t. IV, Les Transports Maritimes, Paris, 1926.
- SALVIOLI : *Le capitalisme dans le monde antique*, trad. Bonnet, Paris, 1906.
- TOUTAIN (J.) : *L'Economie antique*, Paris, 1927.
- VINCENT (H.) : *Res Recepta*, thèse, Montpellier, 1920.
- WEBER (O.) : *Die Schiffsgewalt des Kapitäns und ihre geschichtlichen Grundlagen*, diss., Bonn, 1907.
- YVER (Georges) : *Le commerce et les marchands dans l'Italie méridionale au XII^e et au XIV^e siècle*, Paris, 1903.
- WORMINGTON : *The Commerce between the Roman Empire and India*, Cambridge, 1928.
- ZENO (R.) : *Storia del diritto marittimo nel Mediterraneo*, Roma, 1915.

Articles de revues et de dictionnaires

- BERNIER (M.) : « *Navicularius* », D. S., p. 21.

- CUQ : « *Nauticum Foenus* », D. S., p. 13.
 DARESTE : *Lex Rhodia*, *Rev. Hist.*, 1905, p. 429.
 GOLDSCHMIDT (L.) : *Das Receptum Nautarum*, Z. H. R., 1860, t. 3, p. 58 ;
Lex Rhodia und Agermanament, Z. H. R., 1889, t. 35,
 p. 37-90; 321-395.
 HUVELIN : « *Negociator* », D. S., p. 41.
 LECRIVAIN (Ch.) : « *Pirate* », D. S., p. 486.
 SALEILLES : *Etude sur l'Histoire des Sociétés en commandite*, An. Dr. Com.,
 1895.
 SILBERSCHMIDT (Wilhelm) : *Le Droit commercial avant et après L. Gold-*
schmidt, *Rev. Hist.*, 194, p. 643.
 VALERI (G.) : *Oservazioni critiche sul concetto di « Trasporto » nel diritto*
privato, *Rivista del diritto commerciale*, 1920, p. 465.

DROIT MODERNE

Ouvrages généraux

- ALAUZET : *Commentaire du Code de Commerce et de la Législation com-*
merciale, 3^e éd., Paris, 1878, t. V.
 BEDARRIDE : *Commentaire du Code de Commerce*, Liv. II : *Du Commerce*
maritime, 3 vol., 2^e éd., Paris, 1876.
 BOISTEL : *Cours de droit commercial*, 3^e éd., Paris, 1887.
 BONNECASE : *Traité de droit commercial maritime*, Paris, 1922.
 BOULAY-PATY : *Cours de droit commercial maritime*, Bruxelles, 1838.
 BRAVARD VEYRIERES : *Traité de droit commercial privé*, annoté par DE-
 MANGEAT, Paris, 1875, t. IV.
 BRUNETTI : *Diritto marittimo italiano*, Torino, 1929, t. II.
 COSACK (C.) : *Lehrbuch des Handelsrecht*, 12^e éd., 1930.
Traité de droit commercial, trad. MISS, Paris, 1904, t. I et II.
 CRESP et LAURIN : *Cours de droit maritime* de Cresp, publié et complété
 par A. Laurin, Paris, 1876-1884.
 DAGEVILLE : *Code de Commerce expliqué par la jurisprudence*, 4 vol., 1828,
 t. III et IV.
 DANJON : *Traité de Droit maritime*, 6 vol., Paris, 1910-1915 ; 2^e éd., avec le
 concours de M. LEPARGNEUR, 5 vol. parus, Paris 1926-1930.
 DEMOGUE : *Traité des Obligations en général*, t. I et V, Paris, 1923, 1925.
 DESJARDINS : *Traité de Droit commercial maritime*, 8 vol., Paris, 1878-1888.
 DUFOUR : *Droit Maritime*, commentaire des titres I et II du livre II, Code
 de Commerce, Paris, 1859.
 EMERIGON : *Traité des Assurances et des Contrats à la Grosse*, 2 vol., Mar-
 seille, 1783.
 FRESQUET (DE) : *Précis d'un cours de droit maritime*, Aix, 1871.
 HENNEBICQ : *Principes de droit maritime comparé*, 3 vol., (1^{re} partie, Le
 Navire, 1 vol., 1904 ; 2^e partie, L'Armement, 2 vol., 1910.
 JACOBS : *Le Droit maritime belge*, 2 vol., Bruxelles, 1889-1891.

- JOSSERAND : *Cours de Droit civil positif français*, 2^e éd., Paris, 1933, t. II.
- LACOUR : *Précis de Droit maritime*, 1933, 2^e éd., mise à jour par M. G. RIPERT.
- LYON-CAEN et RENAULT : *Traité de Droit commercial*, t. V et VI, Paris, 1931-1932.
- MALENGRAAFF : *Principes de Droit commercial néerlandais*, trad., M. FRANSSEN, Paris, 1931.
- PARDESSUS : *Cours de Droit commercial*, t. II, Paris, 1815.
- PERCEROU : *Droit maritime*, cours tenu à la Faculté de Droit de Paris, 1928-1929 (Répétitions écrites).
- PLANIOL et RIPERT : *Traité pratique de Droit civil français*, Paris, 1930, t. VI (Les Obligations avec le concours de M. P. ESMEIN).
- POTHIER : *Traité des Contrats de louages maritimes*, éd. BUGNET, t. IV, Paris, 1847.
- RIPERT : *Droit maritime*, 3^e éd., Paris, 1929-1930.
- SCIALOJA : *Sistema del Diritto de la navigazione*, 2^e éd., Roma, 1929.
- SMEESTERS (C.) : *Droit maritime et Droit fluvial*, 2^e éd., avec WINKELMOLEN (G.), Bruxelles, 1929.
- STEVENS : *Elements of Mercantile Law*, 9^e éd., par H. JACOBS, 1934.
- Eléments du Droit commercial anglais, trad. ESCARTI, Paris, 1909.
- VALIN : *Nouveau Commentaire sur l'Ordonnance de la Marine du mois d'août 1681*, La Rochelle, 1766.
- VALROGER (DE) : *Commentaire du livre II du Code de commerce*, 5 vol., Paris, 1883-1886.
- VERMOND : *Manuel de Droit maritime*, 5^e éd., Paris, 1920.
- VINCENS : *Exposé raisonné de la législation commerciale*, Paris, 1821, t. III.
- WAHL : *Précis théorique et pratique de droit maritime*, Paris, 1924.

Etudes, thèses de doctorat

- BEDARRIDE : *Questions de droit commercial*, Paris, 1883, p. 82, s.
- BEIT (H.) : *Der Schiffer als Vertreter der Ladungsinteressenten nach Deutschen Seerecht*, diss. Göttingen, 1911.
- BOITIER : *Du Consignataire du navire et du Consignataire de la cargaison*, Thèse, Paris, 1904.
- BONNECASE : *Le Droit commercial maritime, son particularisme, son domaine d'application et sa méthode*, 2^e éd., Paris, 1931.
- COLIN (A.) : *La navigation commerciale au XIX^e siècle*, Paris, 1901.
- DE COURCY : *Questions de Droit maritime*, 4 vol., Paris, 1877-1888.
- CAUVET (J.-V.) : *Traité des Assurances maritimes*, Paris, 1862, t. I.
- ELOY et GUERRAND : *Des capitaines, maîtres et patrons*, 3 vol., Paris, 1860.
- FILLEAU : *Traité de l'engagement des équipages des bâtiments du commerce*, Bordeaux, 1856.
- GENY : *Science et Technique en Droit privé positif*, t. III (Elaboration technique du Droit positif), 2^e tirage, Paris, 1925.
- GOUGET : *Le contrat avec soi-même*, Thèse, Caen, 1903.
- SQUARE : *Traité des avaries communes*, Paris, 1882.
- HARALAMBIDIS (T.-A.) : *Des caractères distinctifs des avaries communes*

- et du fondement de la contribution à ces avaries, Thèse, Paris, 1920.
- JOSSERAND : *Les Transports en service intérieur et en service international, à l'exclusion des Transports maritimes*, 2^e éd., Paris, 1926.
- KOFFLER (A.-I.) : *La détermination juridique du Contrat de transport*, Thèse, Paris, 1930.
- MAZEAUD (Henri et Léon) : *Traité théorique et pratique de la responsabilité délictuelle et contractuelle*, 2^e éd., Paris, 1934.
- PETRE (A.) : *Du capitaine de navire*, Thèse, Paris, 1888.
- PROCOS (J.-S.) : *Les Capitaines et leur mandat légal dans le commerce maritime*, Paris, 1926.
- PRODOMIDES (M.-D.) : *Les restrictions légales à la responsabilité des propriétaires de navires à raison des actes et des faits du capitaine et des gens de l'équipage*, Thèse, Paris, 1919.
- RENELE (H.) : *Des devoirs et des obligations du capitaine de navire*, Thèse, Poitiers, 1901.
- SAUVAGE : *Manuel pratique du transport des marchandises par mer*, Paris, 1926.
- SEZE (Romain DE) : *Etude sur la responsabilité des propriétaires de navires et sur le prêt fait au capitaine en cours de voyage* (publié d'abord dans la Revue Pratique de Droit Français, t. 47 et 51), Paris, 1883.
- VERNESCO (R.) : *La notion de préposé et l'idée de fonction*, Thèse, Paris, 1933.
- VERNEUX (R.) : *L'Industrie des transports maritimes au XIX^e siècle et au commencement du XX^e*, Paris, 1903, t. II.
- VIVANTE : *Traité théorique et pratique des Assurances maritimes*, trad. V. YSEUX, Paris, 1898.
- WAHMANN (Th.) : *Die Gesetzliche Vertretungsmacht der Schiffers in Seerecht*, diss., Heidelberg, 1911.

Articles de revues, notes de Jurisprudence

- ABRAM : *L'affrètement qui a choisi le capitaine est-il responsable des engagements et des fautes du capitaine en vertu de l'art. 1384, C. Civ ?* Autran, XXII, p. 559.
- ANONYME : Note sous Trib. Com., Havre, 7 mai 1901, Autran, XVII, p. 82.
- BONFANTE (P.) et STAFFA (A.) : *Il Contratto con se medesimo*, Studi di Diritto commerciale in onore di Cesare VIVANTE, I, p. 131-147.
- BRUNETTI : *Sulla natura giuridica dell' abbandono ai creditori*, Il Dritto Commerciale, 1912, p. 393.
- CHARVERIAT : *Quelle est la nature juridique de l'engagement du capitaine envers l'armateur ?* An. Dr. Com., 1888, p. 1.
- CLAPS (G.) : *Così delle obbligazioni reali et l'abbandono obbligatorio nel Diritto civile italiano*. Riv. ital. per le Scienze giur., 1906, 2, p. 294.
- COURCY (DE) : *Le capitaine est-il le mandataire des chargeurs ?* Rev. Critique, 1885, p. 304.
- DOR (L.) : Note sous Aix, 7 janvier 1923, Dor. Sup., 2, p. 151.
- ESMEIN (P.) : *Les clauses de non-responsabilité*, Rev. Trim., 1926, p. 131.
- GENY : *Le particularisme du Droit fiscal*, Rev. Trim., 1931, p. 797.
- GOVARE (P.) : Note sous Cass., 10 novembre 1906, D. 1907, 1, 87.

- GOVARE et DENISSE : *Des clauses d'irresponsabilité en matière de transport maritime*, Autran, XVII, p. 227.
- HORNBOSTEL (N.) : *Confusion de la qualité de capitaine et d'armateur*, An. Dr. Com., 1882, 2, p. 220.
- LABRE : *Note*, sous Cass. Rej., 18 août 1878, S. 1879, 1, 5.
- LAURIN (A.) : *Un mot encore sur la question de savoir si le capitaine est le mandataire des chargeurs*, An. Dr. Com., 1886-1887, p. 5.
- LEVILLAIN : *Note* sous Req., 6 juin 1882, D. 1883, 1, 185.
Note sous Civ. Cass., 2 avril 1884, D. 1884, 1, 449.
- LYON-CAEN : *Note* sous Civ. Cass., 2 avril 1884, Rev. Critique, 1885, p. 401;
Note sous le même arrêt, J. Palois, 1885, 1, 39.
Examen doctrinal de Jurisprudence, Rev. Critique, 1900, p. 460;
Ibid., 1903, p. 516.
- MAZEAUD (H.) : *La faute dans la garde*, Rev. Trim., 1925, p. 793.
- PERCEROU : *De la règle que nul en France ne plaide par procureur*, Essai sur son fondement rationnel et sa portée pratique, Rev. Bourguignonne de l'Enseignement, 1898, t. VIII, p. 21.
- PORTOCALA (R.) : *Note* sous Appel, Galatzi, 16 février 1916, Curierul Judiciar, 1919, n. 1, p. 7. (...Le capitaine est le mandataire des chargeurs...)
- RAMADIER (P.) : *Avis présenté au nom de la Commission de la législation civil e et criminelle, sur ...Les différentes propositions de loi tendant à prohiber les clauses d'exonération de responsabilité*, Journ. Officiel, 26 juin 1930. Docum parlementaires (Chambre), Annexe n° 500, p. 962.
- RIPERT : *Note*, sous Aix, 5 janvier 1924, Dor. Sup., 2, p. 634.
- SALMANN : *Die Duplex Persona im Handelsrecht*, Z. H. R., 1893, t. 41, p. 366.
- SAUVAGE (F.) : *La responsabilité du transporteur maritime pour les marchandises à quai*, Dor. 12, p. 1.
- TONEANU (C. N.) : *Une question de droit maritime (le capitaine n'est pas mandataire des chargeurs)*, Curierul Judiciar, 1920, n° 1, p. 17.
- VALLIMARESCO (A.) : *Des Actes juridiques avec soi-même*, passés par une personne qui veut fixer la situation relative de deux fractions de son patrimoine soumis à un régime distinct, Rev. Trim., 1926, p. 172.

Tables des Matières

	pages
INTRODUCTION	5

PREMIERE PARTIE

Responsabilité du capitaine. — Réalité économique et sociale.

CHAPITRE PREMIER. — *La période romaine*

I. — Le rôle du transport dans l'économie romaine	25
1. Origine du commerce maritime. — 2-3. Influence hellénique. — 4-6. L'économie domestique et le caractère accessoire du transport. — 7. Confusion des positions juridiction des parties. — 8. L'économie capitaliste.	
II. — La position du <i>magister navis</i> dans l'entreprise de transport.	
1. — Nécessité d'une étude préalable de l'action <i>exercitoria</i>	29
9. Difficulté de déterminer la responsabilité du capitaine. — 10-11. La confusion entre l'armateur et le capitaine.	
2. — Nature des rapports juridiques entre le capitaine et l'armateur	31
12-13. Situation spéciale des personnes en puissance. — 14-15. Le principe de la responsabilité de l'armateur. — 16. Parallèle avec le droit moderne. — 17. Les tiers et la <i>lex praepositionis</i> .	
3. — Les pouvoirs du capitaine et leur répercussion sur la responsabilité de l'armateur	34
18. Systématisation de ces pouvoirs d'après les textes. — 19-20. Pouvoirs strictement limités. — 21-23. Pouvoirs très étendus. — 24-25. Le type abstrait du <i>magister navis</i> . — 26. La formule de l'Edit sur l'action <i>exercitoria</i> . — 27. L'abus de pouvoirs. — 28. Conclusion.	

4. — Influence des éléments spécifiques de la navigation sur la configuration des pouvoirs du capitaine	38
29-30. Le radoub du navire; le prêt à la grosse. — 31-33. Parallélisme entre le navire et la maison romaine.	
5. — Analyse juridique du lien rattachant le capitaine à l'armateur	41
34-36. Chez les classiques. — 37-40. Chez les compilateurs. — 41-45. Parallèle avec le droit moderne. — 46. Théorie de M. Procos. — 47-48. Critique.	
6. — Contradiction entre le principe de la responsabilité et sa réalisation technique	51
49-50. Le capitaine continue à répondre à côté de l'ar- mateur. — 51-52. Causes de cette persistance.	
7. — Infiltration de la réforme prétorienne dans les an- ciennes institutions visant le transport	54
53-54. Le problème de la responsabilité de l'armateur est dominé par le besoin d'assurer du crédit aux expéditions. — 55. Procédé des jurisconsultes pour satisfaire à ce besoin. — Interprétation du mot <i>nautae</i> . — 56-58. Cause plus profonde de cette interprétation.	
III. — Responsabilité du capitaine vis-à-vis des chargeurs.	
1. — Le rôle du chargeur dans le transport	59
59-60. L'accompagnement des marchandises. — 61-62. Pré- dominance de l'élément louage de choses.	
2. — Le transport non accompagné	60
63. Nature du contrat. — 64. Première sanction: l'action <i>oneris aversi</i> vise le capitaine (<i>nautae</i>). — 65-67. Les autres sanctions concernent aussi le capitaine. — 68-69. La responsabilité pour vol. (<i>Actio furti adversus nautas</i>).	
3. — Elaboration de la responsabilité du transporteur	66
70-71. Influence du droit contractuel sur la législation. — 72. Différentes phases du contrat de transport et l'étendue respective de la responsabilité du capitaine. — 73. Appa- rition de la faute dans la responsabilité du transporteur. — 74. Rôle de la volonté dans la formation de cette res- ponsabilité.	

<i>Conclusion</i>	72
CHAPITRE II. — <i>Bas Empire et début du Moyen-Age</i>	
I. — Les transformations politico-économiques et leurs répercussions sur l'exploitation maritime	74
78. Le rôle du trafic maritime dans l'expansion commerciale des Romains. — 79. Intervention de l'Etat dans l'organisation de l'armement. — 80. Réapparition des pirates. — 81. Les parties dans l'expédition maritime.	
II. — Le droit maritime au Bas-Empire.	
1. — Sources	77
82. Les Basiliques, la Loi Rhodienne. — 83. Emancipation du droit maritime.	
2. — Terminologie dans les Basiliques	78
84. Les intéressés à l'expédition. — 85. <i>Pisticos</i> et <i>naucleros</i> . — 86. Remarque sur l'élaboration de la responsabilité du transporteur.	
3. — La position juridique des parties	81
87. Disparition de l'armateur classique. — 88. Association entre les participants à l'expédition. — 89. Le propriétaire de navire. — 90-91. Le <i>naucleros</i> .	
III. — Le droit maritime coutumier.	
1. — Terminologie dans la Compilation Rhodienne	85
92. Différents sens de l'expression désignant le capitaine.	
2. — Intérêt du capitaine dans l'expédition	87
93. Le capitaine est en même temps armateur. — 94. Solidarité entre le capitaine et l'équipage. — 95. Autres participants à l'expédition: chargeurs, prêteurs à la grosse.	
3. — Les chargeurs et la gestion de l'expédition	88
96. Accompagnement des marchandises. — 97. Causes de cette pratique. — 98. Instabilité des débouchés, conservation des marchandises.	

4. — Responsabilité des chargeurs	90
99. Collaboration à la direction de l'expédition. — 100. Le partage des risques. 101. Le transport apparaît comme une entrée en société.	
5. — Antagonisme entre le <i>nauclerus</i> et les marchands ..	92
102. Responsabilité du capitaine et de l'équipage. — 103. Affrètement. Innavigabilité du navire. — 104. Pouvoir de bord du capitaine. — 105-106. Intérêt prépondérant du capitaine dans l'entreprise.	

CHAPITRE III. — *La période méditerranéenne*

I. — Influence des facteurs politico-économiques sur l'élaboration du droit maritime	98
107. Le trafic par mer. — 108. Les statuts maritimes. — 109. Réflex des conditions de la navigation dans la législation statutaire. — 110. Persistance du droit romain; influence des pratiques internationales.	
II. — L'exploitation maritime au Moyen-Age.	
1. — Les sociétés commerciales et le rôle du capitaine	102
111. Le capitaine est l'animateur du trafic maritime. — 112. Situation juridique du capitaine dans la <i>commande</i> . — 113-114. Responsabilité des associés.	
2. — La gestion de l'expédition	107
115. Officiers employés à bord. — 116-117. Le <i>nauclerus</i> . — 118. Le <i>scribanus</i> .	
3. — La responsabilité du transporteur	110
119. Caractère accessoire du transport. — 120. Scission de l'unité juridique du contrat de transport. — 121. Responsabilité du capitaine.	
III. — Consulat de la Mer	113
122. L'uniformité du droit maritime.	
1. — Prépondérance du capitaine dans l'entreprise maritime	114
123. Le capitaine et les <i>quirataires</i> . — 124. Le rôle du capitaine dans la constitution de l'entreprise. — 125. La construction du navire. — 126. L'équipement du navire. —	

127. Pendant le voyage. — 128. Liquidation de l'expédition.	
2. — Etendue de la responsabilité des actionnaires	118
129. Pour la promesse de participer à la construction du navire. — 130. Pour la gestion du capitaine. — 131. Pour l'emprunt en cours de route. 132. — Vis-à-vis des chargeurs.	
3. — Organisation des pouvoirs de l'armement	121
133. Restriction des pouvoirs discrétionnaires du capitaine. — 134. Vente du navire. — 135. Dation en <i>commande</i> . — 136. Disposition des bénéfices de l'expédition.	
4. — Le rôle des chargeurs dans l'organisation de l'expédition	125
137. Influence des pratiques du Moyen-Age sur les rapports juridiques entre les chargeurs et le transporteur. — 138. Le chargeur doit s'assurer de la qualité du navire et des appareils. — 139. Les services de l'équipage et du capitaine sont envisagés distinctement. — 140 Union entre le navire et la cargaison.	
5. — Collaboration des marchands à la direction de l'expédition	128
141. L'accompagnement des marchandises est un élément qui rentre dans la formation du négoce juridique. — 142. L'intérêt du capitaine d'associer les marchands à ses actes. — 143. Partage des bénéfices. — 144. Preuve de l'adhésion des chargeurs. — 145. Conséquences de cette adhésion. Le rôle du capitaine.	
6. — Le transport des marchandises non accompagnées ..	134
146. Influence de la <i>commande</i> . — 147. Etendue des pouvoirs du capitaine sur le chargement. — 148. Sacrifice des biens pour le salut commun. — 149-150. Consultation de l'équipage. — 151-152. Responsabilité du capitaine pour la gestion de la cargaison. — 153. Unité de l'expédition vis-à-vis des tiers.	
<i>Conclusion</i>	140
154. Le capitaine est appelé à répondre en sa qualité d'organisateur. — 155-156. Etendue de la responsabilité	

des chargeurs et des propriétaires du navire.

CHAPITRE IV. — *L'apport du droit nordique*

I. — Le trafic maritime et les sources du droit.

157. Système économique de l'Océan. — 158. L'exploitation sous forme d'association. — 159. Apparition de l'as-

1. — Le trafic maritime avant l'Ordonnance 143
surance.

2. — Les sources 145

160. Les rôles d'Oléron et les recueils similaires. Les recès.
— 161. Les jurisconsultes et l'influence du droit
romain.

II. — La position du capitaine dans l'entreprise maritime.

1. — Les pouvoirs du capitaine et l'avènement de l'armement 147

162. Au début le capitaine exerce des pouvoirs très larges.
— 163. Restriction de ces pouvoirs. — 164. L'emprunt à
la grosse; l'affrètement du navire. — 165. Pendant le
voyage. — 166. Dépendance économique du capitaine. —
167. Concentration de la gestion du navire dans ses mains.
— 168. Intervention des pouvoirs publics et organisation
de la profession de capitaine.

2. — La gestion de la cargaison 153

169. Solution du problème de la sécurité: union entre les
participants à l'exécution. — 170. Le transport non accom-
pagné. — 171. L'assurance et les pouvoirs du capitaine
sur la cargaison. — 172. Responsabilité du capitaine pour
la gestion de la cargaison. — 173. Séparation entre le
capitaine et les chargeurs.

Conclusion 158

DEUXIEME PARTIE

La responsabilité du capitaine. — Critérium légal.

CHAPITRE PREMIER. — *L'ordonnance de la marine*

I. — La codification du droit maritime et la responsabilité du capitaine.

1. — Rédaction de l'Ordonnance	161
175. Politique législative de Louis XIV. — 176. L'assurance et la concentration des capitaux.	
2. — La responsabilité du capitaine	163
177. Nature de cette responsabilité. — 178. Pourquoi l'armateur est désigné par l'intermédiaire du capitaine. Explication des commentateurs. — 179. Le capitaine débiteur principal. — 180. Le problème est dominé par l'étendue spéciale de la responsabilité de l'armateur. — 181. Les « <i>faits du maître</i> » et l'unité de la responsabilité de l'armateur.	
II. — Position du capitaine dans l'entreprise maritime.	
1. — Les attributions du capitaine et l'exécution du transport	172
182. Les pouvoirs du capitaine sont des moyens essentiels de navigation. — 183. Les commentateurs complètent les obligations de l'armateur par la responsabilité du capitaine. — 184. Ce procédé est commandé en outre par l'analyse de l'affrètement. — 185. L'unité juridique du contrat de transport. — 186. Etendue de la responsabilité des chargeurs. Unité de l'expédition vis-à-vis des tiers.	
2. — Le capitaine représentant des chargeurs	180
187. L'obligation de louer un autre navire en cas d'inavigabilité. Qui doit supporter le supplément de fret. — 188. Procédé employé par Emerigon pour le mettre à la charge de l'affréteur.	
CHAPITRE II. — <i>La période moderne</i>	
I. — Le code de commerce	185
189. L'autorité de l'Ordonnance et les transformations de l'exploitation maritime.	
1. — Responsabilité professionnelle et critérium légal	186
190. Nouveaux textes établissant la responsabilité du capitaine. — 191. Causes de la persistance de la responsabilité du capitaine. — 192. Différence entre l'article 216 C. de Com. et l'ancien texte de l'Ordonnance.	

2. — La responsabilité du transporteur	191
193. Le nouveau législateur utilise la responsabilité du capitaine pour compléter la responsabilité de l'armateur	
194. L'étendue de la responsabilité de l'armateur et la situation juridique du capitaine.	
II. — Application du critérium légal par la Doctrine et la Jurisprudence.	
1. — Distinction entre les « faits du capitaine »	194
195. Les contrats du capitaine et le fondement de l'art. 216 C. de Com. — 196. Intervention réelle ou présumée de l'armateur. Salaire de l'équipage.	
2. — L'exploitation normale du navire	198
197. Les changements survenus dans les attributions commerciales du capitaine et l'application du critérium légal. — 198. Abandon envers l'Etat. — 199. Double ricochet de responsabilité. — 200. Frontière entre le vice propre du navire et la faute du capitaine. — 201. Elaboration du droit commun maritime. — 202. Le rôle du capitaine dans cette élaboration.	
3. — La responsabilité de la garde et l'application du critérium légal	210
203. Le recours des tiers fondé sur l'art. 1384 — 1°. Le capitaine n'a pas la garde juridique du navire, mais la responsabilité de l'armateur doit être mise en oeuvre à l'aide du critérium légal. — 204. Le recours des chargeurs. Même solution.	

TROISIEME PARTIE

Responsabilité du capitaine. — — Fiction.

CHAPITRE PREMIER. — *Les rapports juridiques*

entre le capitaine et les chargeurs

I. — Généralités	215
------------------------	-----

205. La responsabilité du capitaine et la protection de la fortune de mer de l'armateur. Intérêt de proclamer le capitaine mandataire des chargeurs.

II. — La manifestation du mandat.

1. — Le capitaine et l'exécution du contrat de transport 219

206. L'objet de son mandat coïncide avec les devoirs du voiturier. Est-il commerçant — 207. Commencement du mandat: le chargement ou la signature des connaissements. — 208. Fin du mandat. La nature de l'affrètement et les devoirs du capitaine. — 209. Les droits des chargeurs au maintien du capitaine. — 210. Moyens mis à la disposition du capitaine pour réaliser sa mission.

2. — La représentation des chargeurs par le capitaine 229

211. Objet du mandat: la conservation et le transport des marchandises. — 212. Location d'un navire pour le compte des chargeurs. — 213. Sauvetage des marchandises. Rachat. — 214. Soins à donner aux marchandises en cours de route. Assurance de la cargaison. — 215. Sauvegarde des droits des chargeurs. Constatation des avaries. Accomplissement des formalités. Le conflit entre les différents ayants-droit à la cargaison. — 216. Action en justice. — 217. Moyens mis à la disposition du capitaine pour accomplir sa mission: pouvoir constitutif d'avarie commune; mise en gage, vente des marchandises; emprunt à la grosse. Formalité et conservation du privilège de l'art. 191 — 7° C. Com. — 218. Nature du mandat: gratuit ou salarié.

3. — Etendue de la responsabilité des chargeurs 248

219. Responsabilité illimitée ou droit d'abandon. L'affaire « Putnam ». — 220. Le capitaine est-il un préposé des ayants-droit au chargement? — 221. Séparation entre la fortune de terre et de mer du chargeur. Responsabilité personnelle ou réelle. — 222. Autre procédé pour limiter la responsabilité du chargeur: la gestion d'affaire.

III. — Critique et essai de synthèse.

1. — Le capitaine n'est pas le représentant des chargeurs . . 256

223. Absence d'un accord de volonté entre le capitaine et les chargeurs. La théorie de la représentation légale n'écarte pas la difficulté. — 224. Danger de cette représentation: absence d'une disposition formelle semblable à l'art. 216 C. Com. — 225. Double représentation et collu-

sion d'intérêt. L'acte juridique avec soi-même. — 226. La double représentation et la responsabilité du transporteur. — 227. L'autonomie du capitaine. — 228. Parallèle entre la situation juridique du capitaine et celle du syndic. — 229. L'objet de l'obligation du transporteur absorbe toute l'activité du capitaine.

2. — Explication du mandat 268

230. Position de la doctrine: Danjon, Wahl. — 231. Différents aspects du problème: maintenir les particularités du transport par mer; assurer une grande mobilité aux expéditions; rapprocher le contrat de transport du mandat. — 232. C'est le transporteur qui est mandataire des ayants-droit à la cargaison et non le capitaine.

CHAPITRE II. — *Protection de la fortune de mer*

I. — Technique de l'irresponsabilité.

1. — Les précédents 275

233. La responsabilité civile de l'armateur et la faute du capitaine avant la loi du 14 juin 1841. Analyse du lien rattachant le capitaine à l'armateur. — 234. L'activité du capitaine s'exerce pour le compte de plusieurs commettants: le chargeur, l'Etat. — 235. Elargissement de la notion de baraterie.

2. — Les clauses de non-responsabilité 278

236. Séparation entre le capitaine et l'armateur. La responsabilité délictuelle pour autrui et la situation particulière du capitaine. — 237. L'ordre public et l'objet de l'obligation. — 238. Le droit commun de la preuve et la présomption générale de faute pesant sur l'activité du capitaine. — 239. La responsabilité du capitaine ne peut être écartée par la convention. — 240. Triomphe partiel de l'irresponsabilité de l'armateur: Harter Act, Convention Internationale de Bruxelles de 1924.

Conclusion 287

IMPRIMERIE "IDÉALE"

60, Rue des Tournelles

Paris
